

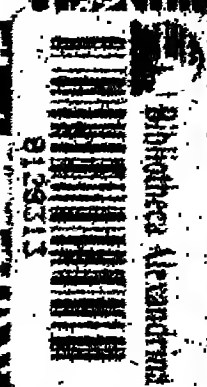
جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

دار إحياء التراث العربي
بيروت







جواهر الكلام

« في شرح شريعت الإسلام »

تأليف

شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسين الخفائي
المرقسي ١٢٤٦ هـ

الجزء السادس والعشرون

حققه وعلق عليه

طبع على نفقة

دار إحياء التراث العربى

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابقة

إهداء خالداً لوليّ النعم حيث أسعدني بالقيام بنشر
هذا السفر القيم في الملأ الثقافي الديني بهذه الصورة الرائعة .
ولرواد الفضيلة الذين وازرونا في انجاز هذا المشروع المقدّس
شكر متواصل .

الاخوندي

كتاب الحجر

﴿الحجر﴾ مثلنا لغة ﴿هو المنع﴾ والتضييق ومنه سمي الحرام حجر المنافيه المنع قال الله تعالى ^(١) «ويقولون حجر آمحجوراً» أي حراماً محرّماً أو سمي العقل حجراً ، لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح و ما تضر عاقبته ، قال الله تعالى ^(٢) «هل في ذلك قسم لذي حجر» .

﴿والمحجور شرعاً هو الممنوع﴾ عند الشرع ﴿من التصرف في ماله﴾ ولم البعض ، إذ هو مفرد مضاف لا يبدل على العموم ، وكذا لفظ التصرف ، ولكن يصلح له إن أريد به ، فيشمل حينئذ المريض الممنوع من بعض ماله ، والصبي والمجنون ، والعبد بناء على ملكه والحجر عليه كما مال إليه المصنف سابقاً .

و حينئذ فلا يرد ما قيل : من أنه إن أراد جميع المال خرج المريض ، وإن أراد بعضه خرج الصبي والمجنون ، وإن الممد لا يملك شيئاً فلا يدخل في التعريف ، فلامعنى لذكر الرق من الأسباب ، وإن أحداً لا يمنع من التصرف في ماله بالآكل والشرب ونحوهما من الأمور الاطرارية ، إذ قد عرفت أنه ليس في التعريف ما يبدل على التعميم والتخصيص ، بل من صدق عليه المنع في ماله على أي وجه كان فهو محجور عليه ، و دخول المدد مبني على ما ذهب إليه المصنف كما عرفت .

نعم في المسالك ربما ينتقض في طرده بالمنوع من التصرف فيه لقصد ونحوه فإنه لا يسمى محجوراً عليه شرعاً فلا و أضاف إليه ما يبدل على المنع الشرعي كان حسناً ،

(١) سورة الفرقان الآية - ٢٣ - .

(٢) سورة الفجر الآية - ٥ - .

و فيه - بعد سهولة الأمر في نحو هذه التعريفات كما أوضحناه غير مرة ، ولذا تجوز وعرف الفلاس بهذا التعريف مع أنه أخص من الحجر - وضوح إرادة المنع الشرعي من الممنوع فيه ، والأمر سهل .

﴿و﴾ كيف كان فتمام النظر في هذا الباب يستدعي فصلين : الأول في موجباته وهي ﴿كثيرة متفرقة في تضاعيف الابواب كالرهن ، والبيع ، والمكاتب ، والمرتد ، وغير ذلك ، لكن التي جرت عادة الفقهاء بالبحث عنها وعقد كتاب لها (ستة : الصغر ، والجنون ، والرق ، والمرض ، والفلس ، والسفه) ولعل مرجع الصور إلى قسمين : من يحجر عليه لحق نفسه ، و من يحجر عليه لحق غيره ، فالأول الصبي والمجنون والسفيه ، والثاني الباقي .

ثم الحجر إما عام في سائر التصرفات ، أو خاص ببعضها ، والأول إما أن يكون ذا غاية يزول سببه فيها أولاً والأول الصغر ، والثاني الجنون ، والخاص إما أن يكون فيه مقصوراً على مصلحة المحجور أولاً ، والأول السفه ، والثاني إما أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم أولاً ، والأول الفلاس ، والثاني المرض ، وباقي الأسباب تعرف بالمقايسة ، والأمر في هذا سهل . إنما الكلام في تفصيل البحث فيها وقد تقدم الكلام في الرق والفلاس .

﴿أما الصغير فمحجور عليه ، ما لم يحصل له صفان : البلوغ والرشد﴾
بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل الكتاب والسنة دالان عليه أيضاً ، والمراد بالأول الذي هو في اللغة الإدراك بلوغ الحلم ، والوصول إلى حد النكاح بسبب تكون المنى في البدن ، وتحرك الشهوة والنزوع إلى الجماع ، وانزال الماء الدافق الذي هو مبدأ خلق الإنسان بمقتضى الحكمة الربانية فيه و في غيره من الحيوان لبقاء النوع ، فهو حينئذ كمال طبيعي للإنسان يبقى به النسل ، ويقوى معه العقل ، وهو حال انتقال الأطفال إلى حد الكمال والبلوغ مبالغ النساء والرجال .

ومن هنا إذا انفق الاحتلام في الوقت المحتمل حصل به البلوغ ولم يتوقف على بيان الشارع ، فإن البلوغ من الأمور الطبيعية المعروفة في اللغة والعرف ، وليس من الموضوعات الشرعية التي لا نعلم إلا من جهة الشرع كالفاظ العبادات ، بل قد ذكر أهل

اللغة في ترتيب أحوال الإنسان وأن له بكل حال اسماً مخصوصاً في الرجال والنساء من أول الخلقة التي يسمّى به جنتياً إلى حال الشيخوخة في الرجال ، والقلم والطلعا في النساء .

وعلى كل حال فلا يخفى على من لاحظ كمالهم ان من المعاوم لغة كالعرف كون الغلام متى احتلم باع وأدرك ، وخرج عن حد الطولية ودخل في حد الرجولية وكذا البجارية إذا أدركت وعصرت فإنها تدون امرأة ، كغيرها من النساء نعم يرجع إلى الشرع في مبده السن الذي يحصل به البلوغ مثلاً إذا حصل فيه الاشتباه ، بخلاف الاحتمال والحيض واحمل ونحوها مما لا ريب في صدق البلوغ معها لغة وعرفاً ، ولو للتلازم بينها .

أما الأمور المتعارفة له في العادة عالمياً كقوة التمييز وعلم الصوت وشق الضرر وقتو الحنجرة ونحو ذلك ، فأقصاه الله الظن بحصوله ، لعدم ثبوت التلازم المورث للقطع ، ولأدليل على اشتباهه في المصادق ، من الدليل على حازقه قائم ، ودعوى أنها كتابات الشعر العشن على العانة - يدعيها أن العارق بينهما الدليل .

﴿ وكيف كان فترتيب في أنه ﴾ يعنم بلوغه ﴾ أي الصغير ﴾ بآيات الشعر العشن على العانة ﴾ التي هي حول الذكر والقبين ﴾ سواء كان مسلماً أو مشركاً ﴾ خلافاً للشافعي في أحد قوايه ، ففي حق الفقار خاصة لدونه علامة ملائمة تستعمل بالمعالجة ، وإنه ، تعتبر في المعاملة لانتفاء التهمة بالاستمجدل في حقهم ، ولا به لأخرى إلى معرفة بلوغهم - سوى ذلك بخلاف المسلمين ، أحوال الرجوع إليهم في معرفة البلوغ والجميع كما نرى ، أن الاستمجدل قائم في العربيين ، ولذا الحاجة إلى هذه العلامة . فإن الاحتمال : السن - من يشبهه أو مريبهما بخلافهما ، مصافاً إلى ما استعرفه من إطلاق الأدلة ، ولذا إتفاق اسما ، ما ظهر على خلافه .

نعم ربما نسب ذلك إلى الشيخ ولم يتحققه ، بل قل في الخلاف : دلالات دليل على بلوغ المسلمين والمشركين بإجماع الفرقة ، وفي التذكرة : دلالات هذا الشعر دليل على البلوغ في حق المسلمين والفقار عند علماءنا ، و به قال مالك وأحمد والشافعي في

أحد قوليّه ، و قال أبو حنيفة « إنه لا اعتداد بالأبواب مطلقاً ، لأنه كثيره من الشعر ، الرأس والبدن » .

ويدل عليه - مضافاً إلى ما عرفت مؤيداً بالعادة - الأخبار المروية من الطرفين فمن طريق الجمهور ما روي ^(١) « أن سعد بن معاذ لما حكم على قريضة كان يكشف عن عورات المراهقين ، و من أثبت منهم قتل ، و من لم يثبت جعل في الذراري » . وما روي عن عطية القرظي ^(٢) « قال : عرضنا على رسول الله ﷺ يوم قريضة ، وكان من أثبت قتل ، و من لم يثبت خلّى سبيله ، فلنثت فيمن لم يثبت فخلّى سبيلي » . و من طريق الأصحاب خبر أبي البخري ^(٣) « عن جعفر عن أبيه ع أن رسول الله ﷺ عرضهم يومئذ على العانات ، فمن وجده قتله ، و من لم يجده أثبت ، الحق بالذراري » .

و ما في خبر حمزة بن حمران ^(٤) عن أبي جعفر عليه السلام « من أن الغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ، ولا يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشر سنة أو يعتلم أو يشعر أو يثبت » و ما في خبر يزيد الكناسي ^(٥) « أن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان الخيار له إذا أدرك وبلغ خمس عشر سنة أو يشعر ففي وجهه أو يثبت في عاتقه » . وفي المحكي عن تفسير علي بن إبراهيم ^(٦) في قوله تعالى « وابتلوا » إلى آخره « قال : و من كان بيده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم - إلى أن قال - و إن كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فإنه يمتحن بريح إبطه أو

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٥٨ .

(٢) المستدرک ج - ١ - ص - ٧ - .

(٣) الوسائل الباب - ٦٥ - من ابواب جهاد العدو ١ حديث - ٢ - والباب - ٢ - من ابواب مقدمة المبادات الحديث - ٨ -

(٤) الوسائل الباب - ٤ - من ابواب مقدمات المبادات الحديث - ٢ - .

(٥) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب عقد النكاح الحديث - ٩ -

(٦) المستدرک ج - ٢ - ص ٤٩٦ .

ثبت عاتيه ، فإن كان ذلك فقد بلغ ، بناء على أن الضمير في قوله - قال - راجع إلى الصادق عليه السلام المذكور في الآية السابقة كما عن الصافي^(١) روايته عنه مسنداً إليه ولعله وجده كذلك فيما وصل إليه من النسخ ، وإلا كان من كلامه على عادة القدماء ، و هو وإن لم يكن حجة لكنه لا يخلو من تأييد ، وعلى كل حال فلا ينبغي التوقف في أصل الحكم .

نعم قد يشكل عمومه للآيات بظهور النصوص في الذكور خاصة ، بل قد يظهر من بعض الأصحاب اختصاصها بهم و إن لم يعرف ثقل الخلاف في ذلك ، لكن قد عرفت العموم في معقد اجماعي الخلاف والتذكرة ، بل صرحاً به وإن لم يكن في العقد المزبور مؤيداً بتتبع أكثر العبارات و بأن الآيات أمانة طليعية اعتبرها الشارع لكشفه عن تحقق الإدراك فلا يختلف ، وبقضاء العادة بتأخر آيات هذا الشعر عن تسع سنين بكثير ولعل ذلك هو السبب في ترك التعرض له في النصوص ، لندرة الاحتياج إليه فيهن كالاختلام .

و إنما اعتبر الأصحاب الخشونة مع عدم التقييد به في النصوص لمعلومية عدم اعتبار الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر ، ولأن الخشن هو المجهود في اختبار البلوغ فيحمل عليه الإطلاق لوجوب صرفه إلى المجهود .

والتقييد بالعانة لاخراج سائر الشعور فلا يكون دليلاً على البلوغ ، وفي المسالك « لا عبرة بها عندنا ، وإن كان الأغلب تأخرها عن البلوغ ، إذ لم يثبت كون ذلك دليلاً شرعاً خلافاً لبعض العامة ، قلت : هو قوياً في سوم الروضة فقال : « وفي إلحاق إختزار الشارب ونبات اللحية بالعانة قول قوي » و قال الشيخ في المبسوط في كتاب الحجر : « لا خلاف أن نبات اللحية لا يحكم بمجرد البلوغ ، وكذلك سائر الشعور ، و في الناس من قال إنه علم على البلوغ و هو الأولى ، لأنه لم تجر العادة بخروج اللحية من غير بلوغ » وفي كتاب الصوم « وحده » أي البلوغ - الاختلام في الرجل ، والحيض في النساء ، والآيات والإشعار » إلى آخره .

وفي النهاية « وحدّ بلوغ الصبي إما بأن يحتلم أو يكمل عقله أو يشمر » وعن ابن البراج في المذهب « وحدّ بلوغ الغلام احتلامه أو كمال عقله أو يشمر » وفي التحرير « الأقرب أن انبات اللحية دليل على البلوغ ، أما باقي الشعور فلا » وحكى في التذكرة عن الشافعية وجهين في الحاق اللحية والشارب بالماعة ، أحدهما اللاحاق ثم قال : « ولا بأس به عندى بناء على العادة القاضية بتأخر ذلك عن البلوغ ، بل هو لا يخلو من قوة للعادة ، وللخيرين السابقين الذين لا يقصر سندهما عن حجية اخبار الآحاد ، فينقطع الأصل حينئذ بهما .

وأما ما قيل - من أنه لو كان علامة لاستغنى بها عن اختبار شعر الماعة ، فلم يجز الكشف عنها - فضعفه ظاهر ، ضرورة خروج الماعة عن العودت أولاً ، وعدم الاستغناء عنها لتقدم بابتها على اللحية والشارب ، بل يقوى الحاق العذار والعارض والمنققة وبعوها بهما ، لعموم المستند ، إلا أن ظاهر باقي الأصحاب الاحتصاص بالماعة ، بل هو صريح بعضهم ، ولذا اقتصروا عليها في العلامات ، ويمكن أن يكون ذلك منهم لتأخر نباتهما عن البلوغ عادة مكثر ، ومدارهم على ذكر العلامات النافعة عند الاشتباه ، لا حال معلومية البلوغ الحاصلة غالباً بنباتهما بحيث لا يحتاج إلى استناد العلامات ، وخرق العادات لا ينافي الاطمينان المعتبر في الأحكام الشرعية .

نعم لآخرة بسائر الشعور عندما عرفت في ظاهر كلام الأصحاب ، للأصل و مهمومات الكتاب والسنة من غير معارض يعتد به ، وفي التذكرة « ولا اعتبار بشعر الأبط عندنا ، وللشافعي فيه وجهان » ومن ذلك يعلم شذوذ ما في بعض الاخبار من عد شعر الأبط من العلامات ، وإلا فنصوص الأسماء خاصة يمكن حملها على الإبدات خاصة ، أو مع غيره مما عرفت من اللحية والشارب ونحوها .

وكيف كان فقد استفيد من المتن هنا والصوم والنافع في المقام كونه بلوغاً لا دليلاً على سبقه كالحمل ، بل في مفتاح الخرامة نسبتته إلى صلاة التهذيب ، وصوم المبسوط وحدوده ، وصايا النهاية والمذهب ، وخمس الوسيطة ، وصوم السرائر ، وصاياها ، وكشف الرموز ، وصوم الجامع ، وحجره ، وجهاد المتهنى ، والتذكرة ، وصوم التحرير

وحجره وحجر الارشاد والتبصرة ، وصوم اللمة والروضة ، ومجمع البيان وجامع الجوامع ، والغنية وكنز العرفان والجعفرية ، بل في الغنية وظاهر حدود المبسوط ومجمع البيان و نوادر قضاء السرائر و كشف الرموز و كنز العرفان وصوم المسالك الاجماع عليه .

لكن لم اتحقق كثيراً من نسب إليهم ذلك ، وإنما في كثير منها ظهور بل اشعار لا يثق به الفقيه ، لأنهم ليسوا بتدريسيين ذلك ، على أن جملة منها كالمبسوط والتذكرة والتحرير والمسالك قد صرححت في مقام آخر بأنه دليل لابلوغ ، ومنه يعلم عدم الوثوق بتلك الاشارات ، وأنها لم تنسق لبيان ذلك ، بل عنوان بعضهم البحث يمثل هذه العبارات التي ادعى ظهورها في الابلوغ . ثم صرح بعد ذلك بأنه دليل لابلوغ ، فلم عدم إيرادتهم من أمثال تلك العبارات ذلك .

و يؤيده أن العلامة الطباطبائي على شدة تنسعه في المسألة حتى أنه حكى عبارات القوم بالمطاطة على طولها ونقر في كل واحدة منها قد اعترف بأنه لم يجد بهذا القول مصرحاً من الأصحاب ، قال : وإنما حكاه العلامة في التذكرة عن الشافعي في أحد وجهيه ، لكنه ظاهراً بن حمزة وابن ادريس والمحقق بل يؤيد أيضاً أنه في المسالك نسب القول بكونه دليلاً إلى المشهور ، ولو صحت النسبة المزبورة كان الأمر بالعكس ، لأنه نسب القول الثاني أي أنه دليل لابلوغ في الكتاب المزبور إلى حجر المبسوط ، والخلاف ، و حجر التذكرة ، و كشف الحق ، و جامع المقاصد ، و المسالك ، و ظاهر الايضاح ، ولاريب في أن الشهرة حينئذ بالعكس ، و من الغريب دعواه أن الشيخ في الخلاف ادعى الاجماع عليه ، ومن لاحظ عبارة الخلاف قطع بأنه ليس في صدد ذلك ، وإنما بحثه مع الشافعي .

وكيف كان فلا ريب أن الأقوى كونه دليلاً لابلوغاً قيل : لتعليق الأحكام في الكتاب والسنة على الاحتلام ولأن الملوغ غير مكتسب ، و الإنبات قد يكتسب بالمعالجة ، وفيهما نظر واضح ، و الأولى الاستدلال بأنه تدريجي المصوب ، و الابلوغ لا يكون كذلك ، و عدم معلومية أول آيات تحقق الشعر الخشن ، وقضاء العادة بتأخره عنه ،

وكذلك الكلام فيما الحق به من الشعر، وتظهر فائدة الخلاف في قضاء ما يجب قضاؤه من العبادات، وفي نفاذ اقراره وتصرفاته المتقدمة على الاختبار بزمان يعلم عدم تأخر بلوغه عنه والله اعلم.

﴿و﴾ كذا يعلم البلوغ بـ ﴿خروج المنى الذى يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف كان﴾ بخلاف من المسلمين، فضلاً عن المؤمنين، بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً الى الكتاب والسنة المستفيضة قال الله تعالى^(١) «وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا»^(٢) «وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح»^(٣) «ولا تقر بوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده» وقال الصادق عليه السلام في خبر هشام بن سالم^(٤) «انقطاع يتم اليتيم الاحتلام، وهو أشده» وقال في موقوف ابن سنان^(٥) «سأله أمي وأنا حاضر عن قول الله تعالى حتى إذا بلغ أشده قال: الاحتلام».

وفي النبوي^(٦) الذى رواه المخالف والمؤلف بل عن ابن ادريس أنه مجمع على روايته «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى ينتبه» وفي المحكي عن النخال^(٧) انه روى بإسناده عن ابن ظبيان قال أني عمر بمجنونة قد زنت فأمر بريحها، فقال علي عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ. وعلى كل حال فهو حديث مشهور رواه الفريقان وذكره اصحابنا في كتب الفروع والامامة في مطايع الثلاثة وفي الفقيه^(٨) عن حماد بن عمرو بن محمد عن أبيه جميعاً

(١) سورة النور الآية - ٥٩ -

(٢) سورة النساء الآية - ٦ -

(٣) سورة الاسراء الآية - ٣٤ -

(٤) الوسائل الباب - ١ - من ابواب الحجر الحديث - ١ -

(٥) النخال ج ١ ص ٨ الوسائل الباب - ٢٤ - من ابواب الوسايا الحديث - ٨ -

(٦) مستطرفات السرائر سنن البيهقي ج ٦ ص ٥٧

(٧) الوسائل الباب - ٢ - من ابواب مقدمة العبادات الحديث - ١١ -

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي ﷺ لعلي (عليه السلام) ^(١) « يا علي لا يتم بعد احتلام » وفي المصابيح رواه الشيخ في المبسوط وغيره ، وهو أيضاً من الأحاديث المشهورة المتعلقة بالقبول والمرسل فيه ^(٢) أيضاً « علي الصبي إذا احتلم الصيام ، وعلي المرأة إذا حاضت الصيام » وخبر طلحة بن يزيد ^(٣) عن الصادق عليه السلام « إن أولاد المسلمين الموسومون عند الله بشافع ومشفع فإذا بلغوا اثني عشر كتبت لهم الحسنات ، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات » ، وخبر ^(٤) علي بن جعفر عن أخيه المروى عن قرب الاسناد « سأله عن اليتيم متى ينقطع نتمه قال : إذا احتلم وعرف الأخذ والإعطاء » إلى غير ذلك من النصوص التي لا يقدح تعبيرها بالاحتلام كبعض الأصحاب ، للقطع بعدم إرادة خصوصية بل قيل المراد منه هنا خروج المنى مطلقاً ، سواء كان في النوم أو اليقظة ، وليس المراد منه معناه اللغوي الذي هو الرؤية في المنام ، فإنه قد يتحقق بدون خروج المنى كما أن خروج المنى ربما يتحقق بدونه ، والمعبرة حينئذ في البلوغ بالخروج دون الرؤية .

ولعلّه لذا جعل الحمل دليلاً على سبقه في الأثر ، لكونه مسبقاً بالأنزال ، وقد سمعت قول الله تعالى ^(٥) « حتى إذا بلغوا النكاح » فإنه لو كان الاعتبار بالاحتلام لزم أن لا يتحقق البلوغ في الرجال ما لم يتحقق الاحتلام ، وإن نكحوا وأولدوا وهو واضح البطلان ، بل قد يفوق كون العلامة الاستعداد لخروج المنى بالقوة القريبة من الفعل ، وذلك بتحريك الطبيعة والاحساس بالشهوة سواء انفصل المنى معه عن الموضع المعتاد أو لم ينفصل ، لكن بحيث لو أراد ذلك بالطوى أو الاستمناء نيسر له ذلك .

وكونه شرطاً في الفسل لا يقضى بكونه كذلك في البلوغ ضرورة دوران الأمر في الأول على الحديث المتوقف صدقها ولو شرعاً على الخروج ، بخلاف الثاني الذي

(٢١) الوسائل الباب ٣ - من أبواب مقدمة العبادات الحديث ٩ - ١٠ .

(٢٢) الوسائل الباب ٣ - من أبواب مقدمة العبادات الحديث ١ - ٦ .

(٥) سورة النساء الآية ٦ -

هو أمر طبيعي لا يختلف بظهور الانفصال وعدمه ، خصوصاً مع نهوض النطفة للاعتقاد ، بل تكون الولد في الاثني لا يكاد يتحقق معه الخروج إلى خارج ، بل من المفسرين أن المراد بقوله تعالى ^(١) «بلغوا النكاح» شهوة النكاح والوطىء والقدرة على الإنزال ، بل قد عرفت سابقاً أن البلوغ من موضوعات الأحكام الشرعية التي مرجعها العرف والمادة ، ومثل هذا لا شك في كونه بالغاً فيهما ، وإنما يتعين الرجوع إلى الشرع في تحديد الموضوعات مع الشك ، دون اليقين الذي قد عرفت حصوله في المقام ، وقد أوماًنا سابقاً إلى أن البلوغ حال في الإنسان بل مطلق الحيوان يخرج بها من حد الطفولية إلى غيرها ، وانها ينبعث عنها خروج المنى ونحوه ، وإن لم يعمل خروج المنى علامة على سبقه ، لاحتمال مقارنة خروجه لتلك الحالة ، فالمدار عليها لأعليه ، فمتى علم حصولها تحقق البلوغ وإن لم يحصل الخروج المحسوس .

لكن في عبارات الاصحاب اشتباه على غير المحصل ، إذ المصنف والفاضل وغيرهما قيّدوا خروج المنى بكونه من الموضع المعتاد ، وقال ثاني الشهيدين : «انما اعتبر ذلك مع إطلاق الأدلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف ، خصوصاً وفي بعضها بلوغ النكاح ، وإنما يكون من المعتاد ، فلو خرج من جرح ونحوه لم يعتد به ، والجميع موهم اعتبار ذلك فيه كالفصل ، لكن قد عرفت التحقيق فلا حظ وتأمل كما أنه قد يتوهم من المتن ونحوه اعتبار تدون الولد منه ، فلا عبرة بالذي لا يتكون منه .

بل في المسالك نسبة هذا الفهم من العبارة إلى جماعة قل : « وفي حاشية الشهيد على القواعد نقلاً عن بعض العلماء يعلم المتني الذي منه الولد مما ليس منه بأن يوضع في الماء فإن طفى فليس ، وإن رسب فممنه الولد . » ولا يخفى عليك فساد هذا التوهم ضرورة كون المعتبرة مطلق خروج المنى . للإطلاق فتكون الصفة في عبارة المتني وغيره كاشفة باعتبار إرادة المنشأية ، فلا يقدح بخلاف التدون من بعض الأفراد ، بل لعل المراد التخلف من صفته فلا يقدح عدمه في بعض الأشخاص كما هو واضح لا يحتاج

الى إطناب .

نعم يشترط في خروج المنى كونه في الوقت المحتمل للبلوغ ، فلا عبرة بما ينفصل بصفته قبل ذلك ، كما صرح به بعض الاساطين ، بل في التذكرة «البلوغ منوط بخروج المنى مع امكانه باستكمال تسع سنين مطلقا عند الشافعي ، وعندنا في المرأة خاصة ، وأما في جانب الذكر فما وقفت له على حد لاصحابنا - إلى أن قال - لأن في النساء حدة في الطبيعة وتسارعا إلى الإدراك ، وفي المسالك «وحد» الامكان عندنا في جانب القلة في الاثنى تسع سنين . وأما في الذكر فما وقفت له على حد يعتد به - إلى أن قال - ولا يبعد أن يكون ما بعد الماشرة محتملا ، ومقتضى كلامه الامتناع فيما دون العشر ، وهو كذلك تمسكاً بمقتضى العادة ، وأما ما تجاوزا العشر فالظاهر فيه الامكان ، فيحكم بالبلوغ مع تحقق الاحتمال فيه ، فلا عموم الأدلة فيما لم يثبت امتناعه ، بل فيما دل على تعديد السن في الذكور بعشر سنين تنبيه عليه ، وكذا ما دل على التفريق بينهم في المضاجع بعشر .

نحو خبر القداح^(١) عن أبي عبدالله عليه السلام : «يفرق بين الغلمان والنساء في المضاجع اذا بلغوا عشر سنين ، وخبر^(٢) عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ «السبي والسبية يفرق بينهم في المضاجع بعشر سنين» ويؤيد ذلك ما عن الآبي في شرح النافع دكا . رواية دلت على البلوغ فيما بين الخمسة عشر والعشر معمولة على ما إذا كان الغلام قد احتلم أو أثبت شعر العانة ، توفيقاً بين الروايات ، ولأن الاحتلام في تلك السنين قد يقع كثيراً ، ولقد شاهدنا من احتلم في ثلاث عشر سنه واثنتي عشر سنه » .

وقال بعض الافاضل « يشفي القطع بالامكان في الثلاثة عشر فما فوقها لقضاء العادة بالاحتلام في ذات غائبا ولما رواه المشايخ عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين ، احتلم أولم يحتلم »^(٣) .

(٢١) الوسائل الباب - ٧٣ - من ابواب احكام الاولاد الحديث - ٢-٤ .

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث - ٣- .

و عن عيسى بن زيد ^(١) عنه أيضاً قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : يشتر الصبي لسبع سنين ، ويؤمر بالصلوة لتسع ، ويفرق بينهم في المضاجع لعشر ، ويحتلم لأربع عشرة ، قلت على كل حال : لم يظهر له فائدة في الاثنى بناء على عدم الحكم به الا بعد التسع ومع فرض العلم بها لم يحتاج اليه نعم قد يقال : إن الفائدة تظهر في مجهولة السن ، فإنه إذا خرج المنى منها حكم ببلوغها ، وإن لم يعلم قدر سنّها ، وكذا في الغلام ، ونظير ذلك قدمناه في باب الحيض ، فلاحظ لكن عليه يكون خروج المنى من الاثنى دليلاً على البلوغ كالحيض ، لا بلوغاً في نفسه ، وهو خلاف كلمات الاصحاب فتأمل .

ثم لا يخفى عليك عدم العبرة بأوصاف المنى بعد العلم به ، أما إذا اشتبهه فالوجه الرجوع اليها ، لاناطة الحكم بالجنابة وجوب الفصل بها مع انتفاء العلم ، والسبب فيها منحصر في الوطء وانزال المنى اتفاقاً ، فإذا انتفى الأول تعين الثاني ، ويحتمل عدم لان اعتبارها فيهما لا يستلزم اعتبارها في البلوغ ، لجواز تقدم الأسباب عليه ، ولا يثبت بها ، لكنه مبني على امكان خروج المنى قبل البلوغ ، وفيه بحث بل منع ، لأن الظاهر عدم تكوّنه إلاّ حال وصول الطفل إلى حدّ البلوغ ، كما يؤمى إليه إطلاق ما دلّ على أن خروجه علامة البلوغ من النصوص السابقة وغيرها ، ومن ذلك يعرف ما في الكلام السابق - من اعتبار الامكان في خروج المنى احترازاً من خروجه في غير زمن الامكان ، كما إذا كان السنّ خمساً أو أربعاً - من النظر والتأمل اللهم إلاّ أن يراد بالحكم بكونه غير منى ، وإن جمع صفاته نحو الدّم الخارج من الجارية قبل التسع ، فإنه ليس بحيض وإن جمع وصفه ، لا أن المراد عدم العبرة به وإن كان منياً ظاهراً وواقعاً ، حتى يستلزم إمكان خروجه من غير البالغ فتأمل والله اعلم .

﴿ وكيف كان فلا خلاف بيننا في أنه ﴾ يشترك في هذين ﴿ العلامتين ﴾ المذكور والابنات ﴾ وقد عرفت الحال في الأولى ، وأمّا الثانية فقد نص على التسوية المزبورة غير واحد بل في التذكرة الاحتمال خروج المنى ، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه

(١) الوسائل الباب - ٧٤ - من ابواب احكام الاولاد الحديث - لكن عن أبي عبد الله عليه السلام بالانبة الى أمير المؤمنين (ع) .

الولد ، بلوغ فى الرجل و المرأة عند علمائنا أجمع ، ولا تعلم فيه خلافاً فى الذكور ، وهو فى النساء كذلك ، وللشافعى قول - بأن خروج المنى من النساء لا يوجب بلوغهن - لأنه نادر فيهن - ساقط العبرة قال : وإطباق أكثر العلماء على خلاف هذا ، وفى المسالك فى شرح المتن «هذا عندنا وعند الأكثر موضع وفاق ، وإما بئس به على خلاف الشافعى - إلى أن قال - وفساده واضح » .

قلت: قديلو ح- من الفقيه ، و وصايا النهاية ، وصوم المبسوط ، وباب الأوصياء من المذهب ، ونكاح الوسيلة ، وخمسها ، ونواذر القضاء من السرائر ، موافقة الشافعى ، أو يظهر ، خصوصاً فى بعضها لكن ما ذكره من الندرة فيهن وأنه لا يحصل إلا بعد العلم ببلوغ التسع جعل للاقتصار عليه فى الرجال وجهاً وجيهاً ، بل ولبعض النصوص المقتصر فيه على كونه علامة للرجال ، بل الفقيه الماهر يقطع بكون النوى والفتوى مبنيين على ذلك ، خصوصاً بعد معرفية ذكر الحمل فى كلامهم علامة على سبق البلوغ بالإزال ، وخصوصاً بعد تصريح الشيخ وابنى حمزة وادريس فى مقام آخر بالإشتراك .

فاجماع التذكرة مما يشهد التتابع مع التأمل بصحته ، فهو الحجة مضافاً إلى عموم^(١) « وابتلوا » إلى آخره ، ود لا يتم بعد احتلام^(٢) وإصالة الاشتراك فى الاحكام مالم يثبت خلافه ، وما عرفت من أن البلوغ حال طبعى ينبعث عنها ذلك من غير فرق بين الرجال والنساء ، كما هو المشاهد فى العرف ، وإلى ما عن الشيخ والفاضل من أنهما استدلا عليه بما روي^(٣) ، « من أن أم سلمة » سألته عن المرأة ترى فى مناعها ما يرى الرجل ، فقال : إذا رأت ذلك فلتغتسل ، « ولكنه مبنى على استفادة الفورية المقتضية لثبوت التكليف المشروط بالبلوغ ، والافسيية الاحتلام للفصل بناء على حصوله من الصغير لا ينافى عدم البلوغ حال وجود السبب ، كما فى الحدث الأصغر والأمر سهل

(١) سورة النساء الآية ٦ - .

(٢) الوسائل الباب ٣- من ابواب مقدمة العبادات الحديث ٩- .

(٣) سنن البيهقى ج ١- ص ١٢٧- .

بعد قطعية الحكم ، والله أعلم .

﴿و﴾ كذا يعلم البلوغ شرعاً ان لم يكن عرفاً ﴿بالسن : وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر﴾ على المشهور بين الأصحاب في المقام شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً ، كما اعترف بذلك في المسالك ، بل نقلها مستفيض أو متواتر كالأجماع سريعاً وظاهراً على ما في مفتاح الكرامة حيث قال : «كادت تبلغ اجماعات المسألة : اثني عشر اجماعاً من سريع وظاهر ومشعربه ، بل هو معلوم» .

وربما يشهد له التتبع ، بل ربما يزيد على ذلك مع اطلاق الأسماء لأنه كما حكاه العلامة الطباطبائي عن سريع الغنية ، والظاهر كالنص عن الخلاف و التذكرة . وظاهر مجمع البيان ، وكنز العرفان ، وكنز الفوائد ، والمسالك ، والمسالك الجوادية ، وتلويح المنتهى ، وكشف الرموز ، وتلخيص الخلاف ، ونقد الشريعة ، قضية انحصار المخالف في ابن الجنيدي على ما يظهر من المختلف والمهذب البارع و شرح الشرايع و غوالي اللثالي ، وهو مع أنه معلوم النسب لا يقدح في الإجماع ، خصوصاً مع ضعف مأخذة وشدّة وهنه وشدوذه ، على أنه لو تطرق المنع إلى الإجماع من خلافه و خلاف بعض متأخري المتأخرين فلا ارباب في تحقيقه فيما بينهما حيث ارتفع الخلاف من زمن ابن زهرة إلى زمن ثاني الشهيدين ، كما تشهد به تصانيفهم المنبوعة ، بل قطع بعضهم بالحكم ولم يعتد بخلافه فحكي الإجماع بل نفى الخلاف .

فلا ينبغي للقيح التردد بعد ذلك في ساد قوله ، بل وما حدث في هذه الأزمنة المتأخرة خصوصاً بعد ملاحظة غير ذلك من الأدلة من الاستصحاب . فإن الأصل عدم البلوغ والتكليف ، وبقاء الحجر والولاية ما لم يعلم الناقض عنه ، ولا يعلم إلا باكمال الخمسة عشر فيكون بلوغاً دون ما قبله ، ولا وجه للمناقشة في الاستصحاب هنا ، بعد كون المطلوب منه إثبات الحكم ، إذ المشتبه حكم السن المعلوم ، لا أصل السن المعلوم الحكم ، ضرورة اقتضاء الاستصحاب فيه نفى الأكثر ، فالموضوع والحكم هنا متماكان في الاستصحاب ، فلو علم سن البلوغ ولم يعلم بلوغ ذلك السن فمقتضى الاستصحاب نفى الأكثر ، بخلاف ما لو بلغ سنّاً ، ولم يعلم أنه بلوغ فإن الأصل عدم البلوغ . كما

عرفت ، ومقتضاه نفى الأقل .

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ كَمَا أَوْمَأْنَا إِلَيْهِ سَابِقاً أَنَّ الْبُلُوغَ شَرَعاً هُوَ بُلُوغُ الْحِلْمِ ، فَيَكُونُ
حالة طبيعية مخصوصة في الإنسان ، بل مطلق الحيوان وجميع ما ذكر علامة له ، فهو
كاشف عن الوصول إليها حتى السِّن . فيكون المشتبه حينئذ الموضع ، والمنفى بالاستصحاب
الأقل ، إذا اصل عدم بلوغ الحد الكاشف : لكنه خلاف ما عليه الأصحاب من أن السِّن
لَوْغ في الشرع ، وإن كانت المكلة فيه كشفه عن غيره ، ومتى كان كذلك فالمشتبه بالحكم
دون الموضوع ، و موضوعية البلوغ لبعض الأحكام لا يتناقى كونه حكماً ، لأن الحكم
قد يكون موضوعاً لحكم آخر ، ولا استحالة في ذلك ، مع اختلاف الجهة ، ومثله كثير .
فالاستصحاب بجميع وجوه المذكورة حينئذ حجة في المسألة ، وإن كان أصلها
بالمدعى ، وأغناها عن الضمائم استصحاب عدم البلوغ ، فإنه نفى صريح ، والمطلوب
منه عين المستصحب دون لارمه ، والتمسك به لا يتوقف على ضميمته عدم القول بالفصل
و نحوه ، على أنه من الأمور القابلة للتأبته كغيره ، وإضافته إلى ما يرجع إلى الزمان
لا يخرج عن القرار . فمعنى أصل عدم البلوغ أن الأصل عدم حضور زمان البلوغ ،
لبقاء زمان عدم البلوغ . واستصحاب غير القار إما يلزم لو أريد الثاني ، دون الأول .
و قد يتمسك بأصل البراءة من التكليف على المطلوب ، لا لكونه حادثاً منفياً
بأصل العدم لرجوعه إلى الاستصحاب ، وللاصل الشرعي المستفاد من نحو قولهم ^(١)
« كل شيء مطلق حتى يرد فيه شيء » ^(٢) و « الناس في سعة ما لم يعلموا » و غيرهما ،
فإن المفهوم من ذلك سقوط التكليف كما يظهر بالتدبر . بل لأن التكليف فرع البيان
و هو مفقود في محل النزاع ، ودعوى - وجود البيان و هو الخطاب العام الصالح لكل
مميز - يدفعها أنه مشروط بالبلوغ ، ولم يثبت قبل اكمال الخمسة عشر أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ

(١) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب صفات القامس الحديث - ٤٠ - .

(٢) لم نقف على هذا النص بعد الفحص عنه في مطاوعه والذي وقفنا عليه مما يوافقه
في المعنى وإن يحتمل اختصاصه بمورده وهي رواية السمرقاني في الوسائل في الباب ٢٣
من أبواب اللطلة الحديث ١ .

يمنع الشرطية على وجه يناق الاستدلال بالمعومات في المجهول ، وفيه بحث ذكرناه في غير المقام .

والأمر سهل بعد الغنية عن ذلك بما سمعته أولاً ، ومضافاً إلى ظاهر الكتاب كقوله تعالى ^(١) « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » ضرورة دلالة بمفهومه على انتفاء الحكم بالدفع المشروط بائناس الرشد بانتفاء بلوغ النكاح ، فهو متناول لاسنان التمييز وحدود الابتلاء التي هي في الغالب من العشر إلى الخمسة عشر ، وأحقها بالدخول سن الاحتلام ، وتوقع بلوغ النكاح وهي من الثانية عشر إلى السادسة عشر ، إلا أن الأجماع على خروجها ، فيتمين كون الخمسة عشر هي البلوغ بحسب السن .

و ربما نقش : بأن « إذا » قد تخرج عن الظرفية فلا تكون شرطاً ، ومنه المقام فإن المراد وابتلوا اليتامى إلى وقت بلوغ النكاح ، وحينئذ فلا دلالة فيها على الاشتراط المزبور ، ويدفعه : بعد تسليم خروجها عن الظرفية أنه نادرجداً لا يحمل عليه التنزيل بل يقتضي انقطاع الابتلاء بالبلوغ ، وليس كذلك كما ستعرف ، لاستمراره إلى ظهور الرشد أو اليأس منه ، بل ذلك مع ظهور كون المراد ايناس الرشد المسبب عن الابتلاء المأمور به السابق على البلوغ .

و مقتضى ذلك الحجر على البالغ الرشيد إذا لم يولس منه رشداً قبل البلوغ ، وارتفاعه ممن لم يبلغ إذا أوس منه الرشد ، لانتفاء الشرط في الأول وجوده في الثاني ، إذ المراد بالأمر بالابتلاء إلى بلوغ النكاح حصوله قبله ، لاستمراره إليه ، لأن الابتلاء متى وجد وتبين به الحال لم يتكرر ، فالمرة تكفي في هذا الأمر ، ولو بني الكلام في الشرط على خلاف الظاهر ، فإما أن يراد به ايناس الرشد مطلقاً ، أو ايناسه بعد البلوغ ، ويلزم على الأول جواز دفع المال إلى غير البالغ إذا ابتلى وأوس منه الرشد ، وإحماله بدونه إلى أن يظهر الرشد بنفسه وإن طال الزمان وسهل الاختبار وأما الثاني فمع حصول المطلوب يلزمه جواز الاحمال ، كما في الأول .

فبان من ذلك كله أن « اذا » في الآية ظرف على الأصل فيه ، وأن الكلام لا ينظم إلا به ، والمعنى لا يستقيم بدونه فسقط احتمال خروجها عن الظرفية .
نعم على الظرفية يحتمل الخروج عن الشرطية بتقدير العامل ، وابتلوا ليتامى حتى إذا بلغوا النكاح نظرتم ، أو ابتلوهم حتى تنظروا في وقت بلوغهم النكاح ، فإن آتسم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم .

وهذا وإن صح ، وصح الاستدلال به ، غير أنه يستدعى تقديراً في الكلام ، وخروجاً عن الظاهر في « اذا » من تضمنها معنى الشرط في الغالب .

ومن هنا قال الفاضل الطباطبائي : « الأصوب أن تكون إذا للشرط كما هو الأصل فيها ، وجوابها مجموع الشرط والجزاء ، وهو قوله « فإن آتسم » ، وحتى حرف ابتداء وغايتها مضمون الجملة التي بعدها ، وهو دفع المال عقيب إيناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النكاح ، وإنما كان كذلك ، لأن دفع المال في الآية مشروط بإيناس الرشد ، فيكون مؤخراً عنه ، وهذا الدفع المشروط بالإيناس مشروط بالبلوغ فيكون المشروط بشرطه المتقدم عليه متأخراً عن البلوغ الذي هو شرط فيه ، وترتب الشروط بحسب الوقوع ، ترتيبها في الذكر ، فإنها في الآية قد وقعت على التوالي ، ولو تعاكست كان الشرط المتقدم في الذكر مؤخراً في الوجود ، والمؤخر في الذكر مقدماً في الوجود ، فلو أردت نقل المضمون إليه قلت : « ادفعوا إليهم أموالهم إن رشدوا إن بلغوا » ولا يصح إن بلغوا إن رشدوا ، لأنه يقتضي أن يكون الرشد شرطاً في البلوغ والأمر بالعكس ، ومن ثم أوقال قائل لله على نذر إن شربت إن أكلت ، فأكل ثم شرب التزم ، بخلاف ما لو شرب ثم أكل ، ولو عكس انعكس .

قلت : هو جيد لكن قد يقال : المناسق من الآية أنهما معاً شرطان مستقلان في الدفع ، لأن أحدهما شرط في الآخر كالمثال الذي ضربه فتأمل جيداً .

وعلى كل حال المناقشة المزبورة واضحة الدفع ، كالمناقشة في أصل حجبية مفهوم الشرط ، وفي عمومها ، وفي خصوص « اذا » من أدواته بل وغيرها مما هو ليس بمرتب في الشرطية ، بخلاف « إن » وبأنه لو سام ذلك كله ، فإنه يقتضي المفهوم عدم وجوب

الدفع، لأحرمته، ضرورة اندفاع الأولى، بل والثانية بما حررناه في الأصول، والعرف أعدل شاهد به.

والثالثة: بأنه لا فرق بين إن، وغيرها من أدوات الشرط، لا ابتناء العموم، على أن الاختصاص بمورد الشرط يقتضي الانتفاء في غيره فيعم، وليس الحكم في المنطوق بعموم الإثبات، ليكون المفهوم سلب العموم، بل بنفس الإثبات في محل النطق، و مفهومه السلب عماء، ويلزمه عموم السلب، وهذا المعنى لا يتفاوت في الأدوات كأصل المفهوم، وكلمات الأصحاب في الأصول والفروع شاهدة بذلك، وأنه لا فرق بينها جميعها في ذلك كله.

وأما الرابعة: فواضحة بناء على أن المفهوم في الشرط التهي كما يقتضيه كلام بعضهم، ومال إليه العلامة الطباطبائي، وربما يشهد له العرف بل وإن لم نقل بذلك وكان المراد من الأمر هنا رفع الحجر المفهوم من قوله^(١) «ولا تؤثر السفهاء أموالكم» إلى آخره بل وإن لم يكن المراد منه ذلك، لكن المقام منحصر بين الوجوب والحرمة إذ الخطاب للأولياء، والدفع إما أن يجب عليهم أو يحرم، ولاتأثك لهما، فتكون الحرمة حينئذ من لوازم عدم الوجوب هنا والله أعلم.

وكذا المناقشة: بأن الاستدلال في الآية إنما يتم لو أريد بلوغ النكاح حصول الإيزال، أو صلاحية خصوص الشخص لأن ينزل بالوطى ونحوه، وهو غير متعين، لاحتمال كون المراد بلوغ وقت الصلاحية للنكاح صلاحية نوعية وإن تخلفت عن خصوص الشخص، وهذا المعنى حاصل فيمن كان سنه أربعة عشر وثلاثة عشر فلا دلالة في الآية على نفى البلوغ بهما.

إذ يدفعها أولاً: أن بلوغ النكاح عرفاً هو أن يبلغ الصبي ويدرك، وهو غير بلوغ زمان النكاح، لصحة سلب الأول عن ثبت له الثاني، وأقل ما يصدق معه ذلك صلاحية الشخص لأن ينكح، وأما مجرد القابلية النوعية فلا يتحقق معه الصدق عرفاً. وثانياً: أنه لو أريد الزمان فالظاهر إرادة الوقت الذي يغلب فيه ذلك ويكثر

والغلبة منتفية فيما دون الخمسة عشر ، فلا يتحقق به بلوغ النكاح ، وإرادة التحقق في الجملة ولو على سبيل الندرة يقتضي صدق بلوغ النكاح بالأثنى عشر ، بل بمادونه أيضاً ، بناء على أن ما فوق العشرة من زمان إمكان الاحتلام كما ستعرف ، ودعوى إرادة ما تجاوز حدّ الوقوع ولم يبلغ الغلبة لادليل عليها ، بل هي تحكّم محض كما هو واضح .

وقد ظهر من ذلك كله أنه لا إشكال في دلالة الآية على المطلوب ، بل منه طهر دلالة قوله تعالى ^(١) « أيضاً » وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم ، بالتقريب السابق ، فإن بلوغ الحلم كبلوغ النكاح يعتبر في صدقه القابلية بحسب الشخص ، بل فعلية الإزالة إما مطلقاً أو مع التقييد بالمنام كالاختلام ، أما القابلية النوعية ببلوغ السنّ الذي يتفق فيه ذلك فلا يصدق معها بلوغ الحلم إلا بتأويل أو تقدير ، لتبادر الغير وصحة السلب ، ونصّ أهل اللغة .

فمن القاموس « الحلم بالضم والاحتلام : الجماع في النوم » والمصباح « حلم الصبي واحتلم : أدرك وبلغ مبالغ الرجال : فهو حالم ومحتلم » بل عنه أيضاً « أدرك الغلام : بلغ الحلم ، وبلغ الصبي احتلم وأدرك » والغريبين « أنه أمر معاذاً أن يأخذ من كل حالم ديناراً ، قال ، أبو الهيثم أراد بالحالم كل من بلغ الحلم ، حلم أو لم يعلم ، ومنه الحديث « الغسل يوم الجمعة واجب على كل حالم » والمغرب « حلم الغلام احتلم حلماً من باب طلب ، والحالم المحتلم في الأصل ، ثم عمّ فقيل لمن بلغ مبالغ الرجال حالم ، وهو المراد في الحديث » .

والنهاية ^(٢) « أراد بالحالم في الحديث : من بلغ الحلم ، وجرى عليه حكم الرجال ، سواء احتلم أو لم يحتلم ، ومنه الحديث الغسل إلى آخره ، وفي رواية - على محتلم - أي بالغ مدرك » والظاهر إرادته من قوله وجرى عليه حكم الرجال : معنى بلغ مبلغ الرجال الذي عبّره غيره ، بل لو كان المراد كل من جرى عليه الحكم

(١) سورة النور الآية - ٥٩ - .

(٢) النهاية ج - ١ - ص ٢٨٩ طبع مصر .

شرعاً فالمقصود بيان المعنى المراد ، دون حقيقة اللفظ ، فإن الحقيقة اللغوية لا تثبت بالحكم الشرعي .

أما ما عن الفايق في معنى الحديث قيل : المراد كل من بلغ وقت الحلم ، حلم أو لم يحلم ، فالظاهر أنه أراد بالقول ما تقدم ، وهو ما حكاه الهروي عن أبي الهيثم ، والمراد به وقت الإدراك والبلوغ بالاحتلام وشبهه دون السن ، فلا ينافي ما قلنا .
و أما وجوب الاستيذان فإنه وإن قلّ من تعرّض له في كتب الفروع ، ومن ثم لم يشتهر الحكم به بين الناس حتى صار كالشريعة المنسوخة ، لكن عن التبيان ، ومجمع البيان ، وروض الجنان ، وكنز العرفان ، وآيات الأحكام ، والمسالك الجوادية وقلائد الدرر ، النص عليه .

ويدل عليه مضافاً إلى أمر الكتاب - الذي هو أحقّ الأمر بالأيجاب ، وإطلاق النهي في قوله تعالى ^(١) « ولا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم » إلى آخره ، وما في التهجم على المساكن المختصة من الأذية والخروج عن الآداب العقلية والشرعية - صحيح ابن قيس ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام « ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرّات » إلى آخره ومن بلغ الحلم منكم فلا يلج على أمه ولا على أخته وابنته ، ولا على من سوى ذلك إلا باذن ، ونحوه خبر جراح المدائني ^(٣) عن الصادق عليه السلام .

وصحيح أبي أيوب ^(٤) عنه أيضاً « ويستأذن الرجل إذا دخل على أبيه ، ولا يستأذن على الابن قال : ويستأذن الرجل على ابنته وأخته إذا كانتا متزوجتين » وخبر الحلبي ^(٥)

(١) سورة النور الآية - ٢٧ - .

(٢) الوسائل الباب - ١٢١ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث - ١ - .

(٣) الوسائل ذكر صلده في الباب - ١١٩ - وذيله في الباب ١٢٠ من أبواب مقدمات

النكاح الحديث - ١ - .

(٤) الوسائل الباب - ١٢٠ - من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢ .

(٥) الوسائل الباب - ١١٩ - من أبواب مقدمات النكاح

« قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يستأذن على أميه ؟ فقال : نعم قد كنت أستأذن على أبي وليست أمي عنده ، وإنما هي امرأة أبي ، توفت أمي و أنا غلام ، وقد يكون من خلوتهما ما لأحب أن أفجأهما عليه ، ولا يحبان ذلك مني ، والسلام أحسن وأصوب ، بناء على ما هو الظاهر من كون السؤال عن الوجوب لا الجواز ، فإنه لا يسأل عنه ، والتعليل لا ينفيه ، بل يؤكد .

و خبر جابر^(١) عن أبي جعفر عن جابر بن عبد الله الانصاري قال : خرج رسول الله ﷺ يريد فاطمة عليها السلام و أنامعه ، فلما انتهينا إلى الباب وضع يده عليه فرفعه ، ثم قال : السلام عليكم ، فقالت فاطمة : عليك السلام يا رسول الله قال : أدخل قالت : أدخل يا رسول الله قال : أدخل أنا ومن معي ، قالت : يا رسول الله ليس علي قناع ، قال : يا فاطمة خذي ملحقتك فقمي بها رأسك ففعلت ، ثم قال : السلام عليكم فقالت فاطمة عليها السلام : عليك السلام يا رسول الله قال جابر : فدخل رسول الله ﷺ و دخلت فإذواجه فاطمة أصفر كأنه بطن جرادة ، فقال رسول الله ﷺ : مالي أرى وجهك أصفر قالت يا رسول الله : الجوع فقال رسول الله : ألكم مشبع الجوعة دافع الصفرة اشبع فاطمة بنت محمد قال جابر : فوالله نظرت إلى الدم ينحدر من قصاصها حتى عاد وجهها أحمر فما جاءت بعد ذلك .

وعن مجمع البيان^(٢) « روي أن رجلاً قال للنبي ﷺ : أستأذن على أمي فقال : نعم ، قال إنها ليس لها خادم غيري أفأستأذن عليها كلما دخلت ، قال : تحب أن تراها عريانة ، قال الرجل لا ، قال فاستأذن عليها ، وعن الكشف « وكان أهل الجاهلية يقول الرجل منهم إذا دخل بيتاً غير بيته حييتم صباحاً ، وحييتم مساءً ، ثم يدخل فربما أصاب الرجل مع امرأته في لحاف واحد ، فصد الله عن ذلك ، وعلم الأحسن والأجل ، وكم من باب من أبواب الدين هو عند الناس كالشريعة المنسوخة ، قدر كوا العمل به ، و باب الاستئذان من ذلك بينما أنت في بيتك اذ رفع عليك الباب واحد

(١) الوسائل الباب ١٢٠ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ٣ .

(٢) المستدرك ج - ٢ - ص ٥٥٧ باختلاف يسير .

من غير استيذان ولا نحية من تحايا اسلام ولا جاهلية ، و هو ممن سمع ما أنزل الله فيه و ما قال رسول الله ﷺ ، ولكن أين الأذن الواعية .

وعنه أيضاً في تفسير قوله «والذين لم يملغوا الحام منكم» ما حاصله أن حكم الأطفال ذلك ، فإن خرجوا عن حد الطفولية ، لا حينئذ أو باوغ السن وجب أن يقطعوا عن تلك العادة ، ويحملوا على أن يستأذنوا في جميع الاوقات كالرجال الكبار الذين لم يعتاد الدخول عليهم إلا باذن ، وهذا مما الناس في غفلة عنه ، وهو عندهم كالشرعة المنسوخة ، إلى آخره إلى غير ذلك من النصوص المروية عند الفريقين ، هذا كله حكم من بلغ الحلم .

أما من لم يبلغه فلا يجب عليهم الاستيذان مطلقا ، أما في غير العورات الثلاث فظاهر ، للأصل ونص الكتاب والسنة ، وأما فيها فلا أن إيجاب الاستيذان تكليفولا- تكليف على غير البالغ ، ولا شرط الأيجاب بالبلوغ ، فينتفى باتفائه مطلقا ، عملاً بعموم المفهوم ، وعن التبيان أنه حكى عن الجبائي القول بوجوب الاستيذان على المميزين في الأوقات الثلاثة أخذاً بظاهر الأمر ، قال قوم : في ذلك دلالة على أنه يجوز أن يؤثر الصبي ، لأنه أمره بالاستيذان ، والجميع كما نرى .

ويدل على المطلوب أيضاً بالتقريب السابق عموم الأحاديث الدالة على «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم»^(١) ، و «أن القطار يتم اليتيم الاحتلام»^(٢) كل ذلك مضافاً إلى النصوص الدالة عليه بالخصوص فمنها النبوي المرسل في محكي الخلاف والتذكرة ، «إذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله ، وما عليه ، وأخذ منه الحدود» .

والآخر^(٣) «أن عبد الله بن عمر عرض عليه عام بدر وهو ابن ثلاث عشرة سنة فردّه ، وعرض عليه عام أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فردّه ، ولم يره بالغاً ، وعرض عام الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه في المقاتلة» بل قيل : إن الثاني منهما

(١) و(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمة العبادات الحديث - ١١ - و-٩-

(٣) سنن البيهقي ج - ٦ - ص ٥٥ .

مشهور ، رواه جماعة من أرباب المغازي والسير ممن يوثق بنقلهم .
وعن عيون الأثر ، أن عمر بن عبدالعزيز لما حدث به دعوى كاتبه فقال : إعجل
على كاتباً للامصار كلها ، فإن رجلاً يقدمون إلى يستقرضون لأبنائهم وإخوانهم
فانظروا من فرضت له فاستلوهم عن أسنانهم ، فمن كان منهم ابن خمس عشرة سنة
فافرضوا له ، واقضوا لهم في المقاتلة ، ومن كان دون ذلك فافرضوا لهم في الذرية ،^(١) .
وفيه أنه عليه السلام عرض عليه يوم أحد أسامة بن زيد وزيد بن ثابت واستيذن
ظهري فردهم ، ثم أجازهم يوم الخندق ، وهم أبناء خمس عشرة سنة ، وإن من جملة من رد
في ذلك اليوم البراء بن عازب وأبو سعيد الخدري وزيد بن أرقم .
ومنها صحيح ابن محبوب^(٢) عن عبدالعزيز العبدى عن حمزة بن حمران قال :
سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له : متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام
عليه ويؤخذ بها فقال : إذا خرج عن اليتيم وأدرك ، قلت : فلذلك حد يعرف ؟ فقال :
إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أنبت قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامة
وأخذ بها ، وأخذت له ، قلت : فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها و
تؤخذ لها قال : إن الجارية ليست مثل الغلام ، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع
سنين ذهب عنها اليتيم ، ودفع إليها مالها ، وجاز أمرها في الشراء والبيع ، وأقيمت
عليها الحدود التامة ، وأخذها وبها ، قال : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ،
ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة ، أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك .
وهو مع صراحته في المطلوب وانجباره بالشهرة العظيمة ومحكي الاجماع أو
محصله لا قدح في سنده ، إذ حمزة مع كونه من آل أعين المعلوم جلالته وعظم منزلته
في الشيعة سديد الحديث كثير الرواية ، قد روى عنه الاجلاء كعبدالله بن مسكان ،
وابن بكير ، وابن أبي عمير ، والحسن بن محبوب ، بل في بعض طرق كتابه صفوان بن
يعحى وهم من أصحاب الاجماع .

(١) المصدر نفسه .

(٢) الوسائل الباب ٣- من ابواب مقدمة العادات الحديث ٢-٢٠ .

وما عن ظاهر النجاشي - ورسالة أبي غالب الزراري من أنه من أصحاب الصادق عليه السلام خاصة و ربما يؤيده أن الخبر في الوسائل والواقعي عن حمزة بن حمران عن حمران عن أبي جعفر عليه السلام - يدفعه تصريح غيره بأنه من أصحابهم مأمعاً ، وإن كان روايته عن الصادق عليه السلام أكثر وأشهر ، فلا إرسال حينئذ في الخبر المزبور .

وفي مصابيح العلامة الطباطبائي إن الذي وجدته في بعض النسخ المصححة من الكافي والتهذيب رواية حمزة بن حمران عنه عليه السلام وقد رواه في المستطرفات كذلك ، و كأنه الأصح ، على أن حمران بن أعين أبو حمزة أجل من أن يتعرض لبيان حاله ، فالرواية لا قدح فيها من هذه الجهة .

نعم عبدالعزيز لم ينص عليه بمدح ولانم ، لكن رواية الحسن بن محبوب وخصوصاً في كتاب المشيخة المعروف بالاعتماد قديحصل منه الظن بعدالته ، كل ذلك مضافاً إلى الاعتضاد بما عرفت .

ومنها حسن يزيد الكناسي أو صحيحه ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم وزوجت وأقيمت عليها الحدود التامة ولها ، قال: قلت : الغلام إذا زوجه أبوه ودخل بأهله وهو غير مدرك أيقام عليه الحدود وهو على تلك الحال؟ قال: فقال : أما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا ، ولكن يجلد في الحدود كلها على مبلغ سنه فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة ، فلا تبطل حدود الله في خلقه ولا تبطل حقوق المسلمين بينهم .

وحسنه الآخر أو صحيحه ^(٢) في حديث « قلت لأبي جعفر عليه السلام أفيقام عليها الحدود وتؤخذ بها وهي في تلك الحال إنما لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض؟ قال : نعم إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها ، وأقيمت الحدود التامة عليها ولها ، قلت : فالغلام يجري في ذلك مجرى

(١) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب مقدمات الحدود الحديث - ١ - .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب عقد النكاح الحديث - ٩ - .

الجارية؟ فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان الخيار له إذا أدرك، وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عاتقه قبل ذلك، قلت: فإن زوجه أبوه ودخل بها وهو غير مدرك أيقام عليه الحدود وهو في تلك الحال قال: أما الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا، ولكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنّه فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة، الحديث.

ومنها صحيح ابن وهب ^(١) سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال: فيما بينه وبين خمس عشرة سنة، وأربع عشرة سنة، فإن هو صام قبل ذلك فدعه «بناء على إرادة معنى «أو» من الواو فيها، بل عن النهاية روايته بها، بل لا بد من كون المراد ذلك لاستحالة الجمع هنا كما هو ظاهر، وحينئذ فمقتضى السياق والترديد كون ما تقدم عليهما وقتا للتمرين والأخذ على سبيل التأديب، فيكون البلوغ حينئذ بأحدهما ويمتنع أن يكون الأقل وإلا لم يكن الزمان المتوسط بينهما وبين الأكثر تمريناً، فيتعين كونه الأكثر، ولعلّ النكته في الترديد التنبيه على الفرق بين المتوسط بينهما والمتقدم عليهما في التضييق وعدمه بالنسبة إلى التمرين فإنّ الصبي يضيّق عليه فيما بين الأربعة عشر والخمسة عشر، بخلاف ما تقدّم من الزمان فانه لا يضيّق عليه لبعده عن البلوغ.

ومنها صحيحه الآخر ^(٢) سألت أبا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصلوة؟ فقال: فيما بين سبع سنين وست سنين، قلت: وفي كم يؤخذ بالصيام؟ قال: فيما بينه وبين خمس عشرة سنة وأربع عشرة سنة فإن هو صام قبل ذلك فدعه، ولقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركه. «بالتقريب السابق.

ومنها المروي في المنهكى عن النخال ^(٣) بإسناده عن العباس بن عامر عن

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب من يصح منه الصوم الحديث - ١ -

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب اعداد القرائن الحديث - ١ -

(٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب من يصح منه الصوم الحديث - ١٣ -

ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يؤدب الصبي على الصوم ما بين خمس عشرة سنة إلى ستة عشرة سنة .

و منها مرسل المقنع ^(١) روى أن الغلام يؤخذ بالصيام ما بين أربعة عشر إلى ستة عشر سنة ، إلا أن يقوى قبل ذلك ، وإرسالهما غير قادح بعد الإيجاب بما عرفت وهما صريحان في المطلوب إذ المراد من الخمسة عشر نصاً وقتوى ما هو المنساق منهما من اكمال العدد لا الدخول فيه ، وبه صرح غير واحد بل نسبته جماعة إلى المشهورين عن مجمع البيان ، وظاهر التذكرة ، والمسالك الجوادية ، نسبته إلى أصحابنا بل عنهما وكثر الفوائد أنه لا يكفي في البلوغ الطعن في الخامسة عشر عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب ، وزاد في الأولين « أن الاكتفاء به وجه للشافعية منشؤه توهم صدق اسم العدد بالدخول فيه » .

وعلى كل حال فلا ريب في أن المفهوم من كلام الأصحاب اعتبار الاكمال وأنه لا يكفي الدخول ، وبذلك يتضح دلالة المرسلين المتقدمين ، كما أنه اتضح لك قوة القول المشهور ، وأنه يدل عليه الكتاب ، والسنة ، والعقل ، وقديقال : والاجماع ، إذ المسألة وإن كان قد يتوهم أنها سداسية الأقوال ، الخمس عشر دخولاً وكمالاً ، وكذا الأربع عشر ، وكمال الثلاث عشر ، والعشر ، لكن التحقيق أنه ليس فيها إلا قولان . أحدهما المشهور وهو كمال الخمس عشر ، والثاني قول ابن الجنييد وهو كمال الأربع عشر أما القول بالدخول في الخمس عشر فلم تعرف القائل به .

نعم عن الأردبيلي أنه حكاه عن بعض أصحابنا واختاره ، وعن الكفاية موافقته في الحكاية دون الاختيار ، لكن الظاهر أنه وهم ، خصوصاً بعد ما سمعت من التصريح بعدم الاكتفاء بالطعن فيها وأنه لا بد من إكمالها ، اللهم إلا أن يكون النظر في هذا القول إلى قول ابن الجنييد بالأربع عشر ، بناء على أن العلم باكمالها لا يحصل إلا بالدخول فيما بعدها ، لكن عليه يتحد هذا القول مع قول ابن الجنييد ، ضرورة كون اعتبار الدخول في الخمس عشر للعلم بحصول الحد ، لا لاعتباره في أصل التحديد ، وكان العدول

في التعبير حينئذ للتنبيه على تأويل نصوص الخمس عشر بذلك .
وفيه حينئذ ما عرفت من عدم قابلية بعضها لذلك ، وظهور الاجماع على خلافه ،
وأما الدخول في الأربع عشر فإنه وإن كان قديفهم من السيوري ، وابن فهد وابن
أبي جمهور ، أنه مذهب ابن الجنيد ، حيث استدلوا له بخبر ابن سنان^(١) الذي هو نص^(٢)
في ذلك ، لكن التحقيق خلافه ، إذا الأصل في حكاية قول ابن الجنيد الفاضل في
المختلف ، والظاهر ما نقله إرادة الاكمال الذي هو المفهوم من العدد لغة وعرفاً ، و
خصوصاً مع اقترانه بالقول المشهور الذي قد عرفت كون المراد منه ذلك .
وفي المصاييح وكان منشأ التوهم احتجاج الفاضل له برواية الثمالي^(٣) المتضمنة
لجريان الأحكام على الصبيان في ثلاث عشر وأربع عشر ، ففهم السيوري منها تحديد
البلوغ بالأخذ في الأربع عشر ، وربما ساعده قول المصنف «وفي رواية من ثلاث عشر إلى
أربع عشر مشيراً إلى هذه الرواية» كما هو الظاهر وانضم إليها رواية ابن سنان^(٣) المصرحة
بهذا المعنى ، واحتج بهما لأبن الجنيد ، بناء على أن الاحتجاج برواية الثمالي واقع
في كلامه ، كما توهمه عبارة المختلف ، وتبعه على ذلك ابن فهد ، غير أنه أورد الحديث
بلفظ المتن ، فلنامنه أنه منقول باللفظ واقتفى اثرهما ابن أبي جمهور .

ولا يخفى ما في ذلك كله من التساهل والتسامح ، فإن استناد ابن الجنيد إلى
رواية الثمالي غير معلوم ، وإن أوردها العلامة في المختلف حجة له ، فإن من عادته فيه
الاحتجاج للمذاهب بما يناسبها وإن لم يستند إليه القائل ، وعلى تقدير الاستناد
فالمعنى الذي أشار إليه المحقق غير متعين في الحجة ، لجواز أن يكون الوجه فيها
الأخذ بأكثر العديدين ، نظراً إلى احتمال توهم الراوي ، ويؤيده العطف «بأو» في
بعض النسخ ، وعلى التعيين فلا ينافي ذلك إرادة الاكمال ، لاحتمال أن يكون المراد
انتهاء الاحتمال بانتهاء الأكثر ، دون الطعن فيه ، وعلى تقدير المناقاة فلا يتعين فيها

(١) الوسائل الباب - ٤٤ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ١٢ - ١١ .

(٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ٣ - ٠ .

(٣) الوسائل الباب - ١٤ - من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٣ - ٠ .

الحمل على ما يطابق رواية ابن سنان ، فإنها محتملة لارادة البلوغ باكمال الثلاث عشر وهو خلاف البلوغ بالدخول في الرابعة عشر .

و بالجمله فرواية الثمالي مضطربة اللفظ ، محتملة المعنى ، فلا يصح الحكم بمطابقتها لرواية ابن سنان ، ولا يصلح الاستناد اليها في تعيين مذهب ابن الجنيد وإن علم استناده اليها في القول المذكور ، بل المتعين الرجوع في ذلك الى ما يقتضيه الخلاف المحكى عنه في المسألة وقد عرفت أنه ظاهر في الاكمال بل صريح فيه هذا .

ولكن في المدارك حكاية هذا القول من دون تعيين القائل ، بل عن المجمع ، وقلائد الدرر ، نسبته إلى ظاهر الصدوق ، بل زاد الأول نسبته إلى الشيخ في الاستبصار ، ومال إليه سيد المدارك بل عن بعض متأخري المتأخرين اختياره ، كما عن القاسمي تقويته ، والأردبيلي احتماله تارة ، وتقويته أخرى .

وفيه أنه لم يتحقق نسبته إلى الصدوق والشيخ ، بل لعل المتحقق منهما خلافاً ، فينحصر القائل حينئذ في بعض متأخري المتأخرين ، وهو مسبوق بالاجماع .

وأما القول بالثلاث عشر وإن حكاه في المسالك قولاً من دون تعيين ، بل عن المجمع ، والكفاية ، نسبته إلى ظاهر الشيخ في كتابي الأخبار ، بل عن الأول الظاهر أن غير الشيخ ذهب إلى ذلك أيضاً ، وعن الثاني بعد إيراد ما تضمنه الثلاث عشر من النصوص ، وهذه أخبار معتبرة ، فالعمل بمقتضاها متجه ، وظاهره القول به .

لكن لا يخفى عليك أن مرجع هذا القول وسابقه إلى شيء واحد ، لتوافقهما في الثمرة واتحادهما في الدليل ، بل لا يبعد أن يكون المراد بالأول أن حد البلوغ إكمال الثلاث عشر ، واعتبار الدخول في الأربع عشر ، مقدمة للعلم نحو ما سمعته في الخمس عشر ، والأمر في ذلك هيّن .

وإنما الكلام في اثبات هذا القول من أسله ، فإننا لم نجد به قائلاً معيناً ، وكلام متأخري الاسحاب في حكاية هذا القول و تعيين المحكى عنه لا يخلو من تلجلج واضطراب .

و المجتمع مما قالوه بعد ردّ بعضه إلى بعض نسبة القول به إلى ابن الجنيد ،

و ظاهر الشيخ و الصدوق ، و قد عرفت أن مذهب ابن الجنيد كمال الأربع عشر ، و الشيخ موافق للمشهور ، لنصّه عليه في مواضع من كتبه ، و نقله في الخلاف إجماع الفرقه عليه ، و إبراده نصوص الثلاث عشر في كتابي الأخبار مع كونه معارضاً بمثله لا يقتضي أن يكون ذلك مذهباً له ، وكذا إبراده حديث الثمالي في النهاية مضافاً إلى ما فيه من الإجمال المانع من تعيين المذهب ، وما يوهمه الاستبصار من الأخذ بحديث عمّار مأوّل بالضرورة ، لمخالفته الإجماع بل الضرورة .

و أمّا الصدوق فقد أورد في الخصال والفقيه على ما قيل ما يناسب هذا القول ، وما ينافيه ، و ظاهر كلامه في صوم الفقيه موافقة للمشهور ، بل كلامه في المفتح يؤيد ذلك ، مضافاً إلى خلو الكتب المعدّة لنقل الخلاف حتى التّأدّر عن نسبة ذلك إليهما ، بل ظاهر بعضها أو صريحه قسر الخلاف على ابن الجنيد .

و أمّا القول بالمشرفيّة حكاه الخراساني من غير تعيين القائل ، لكن لم تحقّقه بل لم يحكه أحد من أصحابنا غيره ، بل ظاهر الكتب المعدّة لذكر الخلاف الإجماع على عدمه ، ولعلّ منشأ الوهم قول بعضهم بصحة بيعه ومضيه تصرفه في الوصية ، والعق ، وجواز مؤاخذته على الجناية والسّرقة والارتداد ، ولكّنك خير بانّ شيأ من ذلك لا يقتضي البلوغ ، وغايته ثبوت حكم البالغ لذي العشر في مواضع مخصوصة و رديها النص . نعم جعل المصنف في النّافع خبر العشر رواية في البلوغ ، لكنه لم يعمل به ، والعامل به لم يجعله بلوغاً ، بل نص على خلافه ، فلم يثبت للأصحاب قول بالعشر ، كما أنه ظهر لك عدم قول في المسئلة غير قول ابن الجنيد ، وأنّ ما عدها بين ما لا أصل له ، وبين ما استقر الإجماع على خلافه ، بل يمكن دعوى ذلك في قول ابن الجنيد ، إذ هو وإن كان معروف الحكاية عنه إلّا أنه قد استقر الإجماع بعده على خلافه .

مضافاً إلى ضعف ما ذكر دليلاً له من خبر أبي حمزة ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام «قلت له : جعلت فداك في كم تجرى الأحكام على الصّبيان قال : في ثلاث عشرة وأربع عشرة ، قلت : فانه لم يحتلم فيها قال : وإن كان لم يحتلم فإنّ الأحكام تجرى عليه»

(١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣ - .

وعوم أدلة التكليف وصحة توجه الخطاب إلى المميزين عقلاً، لوجود شرطية العلم والقدرة خرج الأقل بالنص والاجماع، فيبقى ذو الأربع عشر، ولأن نصوص الخمس عشر^(١) محتملة للأخذ فيها، وللإكمال، والبناء على الأول هو الموافق للاحتياط في العبادة، وإن كان مخالفاً له بالنسبة إلى ما يتعلق بالولي، ولأن أحوال البدن في الإنسان مرتبة على الأسابيع، فيجب أن يكون بلوغه كذلك، وليس في الأسبوع الأول ولا الثالث قطعاً فيكون الثاني وهو المطلوب.

أما الأول فبالعقل والنقل، (أما الأول) فلما ذكره الأطباء من أن استكمال الإنسان وتراجع في السنين يشبه أحوال القمر في استكمالها وتراجعها في دوره، فإن القمر يبدو هلالاً ضعيفاً ثم لا يزال يزداد إلى الليلة السابعة، فيقوى ويستند نوره ولا يزال في الأشداد حتى يصير في الليلة الرابعة عشر بدياً كاملاً، ثم يرجع فينقص شيئاً فشيئاً حتى يكون في الواحد والعشرين من الشهر كهيأته في السابع منه، ثم يزداد نقصه وخفاؤه إلى أن ينتهي إلى العدم والمحاق في الثمانية والعشرين، وهكذا الصبي إذا ولد كان ضعيف الخلقه نحيف التركيب إلى أن يتم له سبع سنين، فإذا تم له ذلك استبان فيه آثار القوة في العقل والبدن، ثم لا يزال يترقى إلى أن يتم له أربع عشرة سنة، فإذا دخل في السنة الخامسة عشر دخل في الأسبوع الثالث، فهناك يكمل له العقل وتشتد قوته، وتتحرك فيه الشهوة، ثم لا يزال يترقى على هذه الحالة إلى السنة الحادية والعشرين، ثم يدخل في الأسبوع الرابع وهو آخر أسابيع النشو والنماء، فإذا تم لذلك باتمام السنة الثمانية والعشرين انتقل إلى سن الوقوف، وهو الزمان الذي يبلغ فيه أشده، وهو الأسبوع الخامس، ويمتد إلى ست وثلاثين سنة، ثم يبذل له الرجوع بعد ذلك ويكون عوده كبده.

(وأما الثاني) فلما رواه الصدوق في الفقيه^(٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال

(١) الوسائل الباب ٤- من أبواب مقدمة العبادات الحديث ٢- والباب ١٤- من

أبواب عقد البيع الحديث ١-

(٢) الوسائل الباب ٨٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٥.

يرى الصبي سبعا ويؤدب سبعا ويستخدم سبعا ومنتهى طوله في ثلاث وعشرين سنة ، وعقله في خمس وثلاثين ، وما كان بعد ذلك فبالتجارب .

وعن الصادق عليه السلام^(١) دع ابنك يلعب سبع سنين ، ويؤدب سبع سنين ، والزمه نفسك سبع سنين ، فإن ، أفلح و إلا فإنه مما لاخيره .

وخبر عيسى بن يزيد^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : ينتظر الصبي لسبع سنين ، ويؤمر بالصلوة لتسع ، ويفرق بينهم في المضاجع لعشر ، ويحتلم لأربع عشرة وينتهي طوله لاحدى وعشرين سنة ، وينتهي عقله لثمان وعشرين إلا التجارب .

وفي الجميع ما لا يخفى ، إذ في الأول : مضافاً إلى الطمن في سنه - بجهالة السندي بن ربيع ، ويحيى بن المبارك ، وقف عبدالله بن جبلة - يمكن منع دلالة على المطلوب ، لاشتغاله على الترديد المنافي للتعين . وحمله على التقسيم أو الترديد من الراوي - لعلوم رتبة الأمام عنه ، فيجب البناء على الأكثر ، للأصل ، ويثبت المطلوب ليس بأولى من ابقاء العطف على ظاهره ، وحمله على التمرين القابل من حيث استحبابه للدرجات ، بخلاف الإيجاب بل هو أولى بملاحظة ما سمعته من أدلة الخمس عشر كما هو واضح .

وفي الثاني : أن البلوغ شرط ثالث مفاير للعلم والقعدة ، وحصوله بالأربع عشر مشكوك فيه ، فيشك حينئذ في التكليف المشروط به ، على أن الأصل عدم الشرط مع الشك فيه كما هو المقروض ، وباتفائه ينتفى المشروط .

والثالث : ما عرفت من عدم الأجمال في نصوص الخمس عشر ، لأنها بين ما هو نص في الاكمال ، وبين ما هو ظاهر فيه ، وجوب الاحتياط موقوف على التكليف ، فلو توقف التكليف عليه مدار ، على أن الاحتياط في نفسه لا يقتضى الوجوب ، مع عدم اشتغال الذمة بما يتوقف عليه كما نحن فيه ، إذ ذمة الصبي خالية عن الشواغل .

(١) المصدر نفسه الحديث ٤ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب احكام الوصايا الحديث - ١ - فيه يتغير بدل ينتظر .

والرابع : إنا نمنع اطراد الاساييع في كل شيء حتى البلوغ بالمعنى الذي يترتب عليه الاحكام الشرعية ، والوجه العقلي مع كونه ظنيا لا يقتضيه ، والنقلي مسوق لشيء آخر ، فلا يقاس عليه البلوغ ، وقوله ^(١) «يحتلم لأربع عشر» لا عموم له ، وإنما المراد به الغلبة أو الامكان في ذلك الزمان دون ما قبله ، فإن الاحتلام قديماً خسر من المدّة المذكورة .

فظهر من ذلك كله أنه لا ينبغي للفقهاء التوقف في المسئلة ، والقول بالثلاثة عشر مضافاً إلى ما سمعته سابقاً فيه ، إنما يشهد له موثق عمار ^(٢) عن الصادق عليه السلام سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلوة ، قال : إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة و جرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة ، أو حاضت قبل ذلك فقد وجب عليها الصلوة ، و جرى عليها القلم .
وعبدالله بن سنان ^(٣) عنه أيضاً «سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله تعالى حتى إذا بلغ أشده قال : الاحتلام ، قال : فقال : يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها ، فقال إذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً » .

وموثقه الآخر ^(٤) عنه أيضاً «إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات ، وكتبت عليه السيئة وعوقب وإذا بلغت الجارية تسع سنين كلقت ، وذلك أنها تحيض لتسع سنين » .

وصحيحه الآخر ^(٥) عنه أيضاً «إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في

(١) الوسائل الباب -٧٤- من ابواب احكام الاولاد الحديث -٥- .

(٢) الوسائل الباب -٢- من ابواب مقدمة العبادات .

(٣-٤) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٨- ١٢- ١١ .

* هكذا في الوسائل ، ولكن في التهذيب ج -٩- (باب -٨- وصية الصبي والمحجور الحديث -٦- من بعد قوله : فقال اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة توجد هذه الجملة (ونحوها قال : لا اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة . . . الخ) .

الأربع عشرة وجب عليه ماوجب على المحتملين إحتلم أو لم يحتلم ، و كتبت عليه السيآت وكتب له الحسنات ، و جازله كل شيء إلا أن يكون ضعيفاً أو سفياً .

والأول مع كونه من قسم الموثق ومشمتم على ما اجمع الامامية على خلافه من عدم زيادة بلوغ الجارية على العشر غير صالح لمعارضة ما تقدم من وجوه ، وكذا ما بعده من النصوص التي هي في قوة خبر واحد باعتبار كون الأصل فيها عبدالله بن سنان ، وأن التعدد إنما هو في الطريق اليه ، مع أنها عدا الأخير منها من قسم الموثق المعلوم حاله .

والأخير مشتمل على الحسن بن علي بن زياد الوشاء ، و عن ظاهر الأكثر عد حديثه من الحسن لا الصحيح ، بل في المهكي عن المسالك التصريح بذلك ، قال ووصفه بالصحة في كلام بعض الأصحاب يراد به الصحة الإضافية ، دون الحقيقية مضافاً إلى اختلاف الفاظ الحديث واضطراب متنه لأنه على ما رواه الوشاء يقتضي توقف البلوغ على الدخول في الأربع عشر وهو خلاف المدعى وخلاف ما رواه غيره من البلوغ بالثلاثة عشر الذي هو غير البلوغ بالدخول في الأربع عشر ، ولذا كان بلوغ الأنثى بالتسع لا الدخول في العشر والصبي الخمس عشر لا الدخول في الستة عشر ، هذا وإن أمكن دفعه بما سمعته سابقاً من أن اعتبار الدخول للعلم ، لا للبلوغ ، إلا أن عدم معرفتيه عن ذلك بمثله في نظائره و اختلاف ألفاظ الرواية مما يحصل به الارتباب في سلامة اللفظ المسموع من الإمام عليه السلام .

وعلى كل حال فلا ريب في قصورها عن معارضة ما تقدم من وجوه ، و احتمال ترجيحها عليها بالمخالفة لجميع مذاهب العامة - بخلاف نصوص الخمس عشر الموافقة لمذهب الاوزاعي ، والشافعي ، وأبي يوسف ، وعبد بن الحسن ، و أحمد بن حنبل - يدفعه استبعاد خفاء مثل ذلك على الأساطين ، سيما مع معرفة ما يقع منهم عليه السلام تقية بين خواصهم ، حتى كان بعضهم يقول لبعض قد أعطاه من جراب النورة .

بل يمكن دعوى القطع من الفقيه الممارس لكلماتهم العارف بلسانهم وما يلحنونه في أقوالهم بعدم صدور نصوص الخمس عشر مصدر التقية ، على أن أكثرها عن الباقر

والصادق عليه السلام، وزمان الباقر عليه السلام متقدم على زمان القائل بالخمس عشر من أهل الخلاف، بل وكذا الصادق عليه السلام عدا الأوزاعي.

لكن قيل الذي يظهر من تتبع الأخبار أن التقية منه و من الباقر عليه السلام من فقهاء الحجاز والعراق، دون الشام التي الأوزاعي منها، بل لم يكن بحيث يتقى منه، على أن في جملة من تلك النصوص تحديد بلوغ الأثنى بالتسع، المخالف لما أجمع عليه العامة، وهو أقوى شاهد على عدم خروجها مخرج التقية التي لو بنى فيها الأمر على الاحتمال كما اختاره بعض المحدثين، كان حمل خبر ابن سنان عليها أولى، باعتبار معرفته عند العامة واتصاله بالمنصور، والمهدي، والهادي، والرشيد من خلفاء بنى عباس، وكثرة وقوع التقية من الصادق عليه السلام، بخلاف الباقر عليه السلام.

فلاريب في قصورها عن المعارضة لتلك النصوص المتعددة التي فيها الصحيح وغيره، الموافقة للأصل والعمومات، وظاهر الكتاب والسنة، ومحكي الأجماع والشهرة العظيمة، بل صحيح ابن وهب^(١) منها سريح في فقي الثلاثة عشر لأن أقصى ما يشتمل فيه وإن كان خلاف الظاهر تحقق البلوغ بالدخول في الخمس عشر، بناء على أن المراد من المحدثين فيه الإخذهما، لا كمالهما، وهو غير مكافي له سنداً كما هو واضح بل ودلالة لاحتمال خبر الثلاث عشر تأكيد الاستحباب، أو تحقق البلوغ بغير السن من الأسباب، أو غير ذلك.

وإن أبيت فصناعة الفقه تقتضي طرحه في مقابلته، كطرح ما تضمن التحديد بخمسة أشبار في خبر السكوني^(٢) عن الصادق عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتص منه، وإن لم يكن بلغ خمسة أشبار قضى بالدبة» أو تأويله بما يرجع إلى المشهور، والتحديد بشمان سنين في خبر سليمان بن حفص المروزي^(٣) «قال إذا تم للغلام ثمان سنين فجائز أمره، ووجب عليه الفرائض والحدود

(١) الوسائل الباب ٣٦- من أبواب قصاص النفس الحديث ١-.

(٢) المستدرک ج ١ ص ٧.

و إذا تم للجارية تسع سنين فكذلك .

والموثق عن الحسن بن راشد ^(١) عن العسكري عليه السلام : « إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله ، وقد وجب عليه الفرائض والحدود و إذا تم للجارية تسع فكذلك » المخالفين للإجماع كما عن الأبي الاعتراف به .

والتحديد بالعشر في خبر أبي أيوب الخزاز ^(٢) « سألت اسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام ؟ فقال : إذا بلغ عشر سنين ، قال : قلت : ويجوز أمره قال : فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل بعايشة وهي ابنة عشر سنين ، و ليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة ، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته » المقطوع سنده ، بل في طريقه العبيدي عن يونس ، و فيه كلام و قد ورد بالعشر نصوص كثيرة في الوصية والعق والوقف وغيرها .

ولعل منها ما أشار إليه المصنف بقوله ﴿ و في أخرى إذا بلغ عشرين وكان بصيراً ، أو بلغ خمسة أشبار جازت وصيته ، واقتصر منه ، وأقيمت عليه الحدود الكاملة ﴾ و ان كنالم نثر على اجتماع ذلك في رواية كما اعترف به في المسالك ، قال : « أما رواية العشر في جواز الوصية فهي صحيحة ، و في معناها روايات ، إلا أنها لا تقتضي البلوغ ، لجواز اختصاصه بهذا الحكم ، و من ثم لم يعمم ، و أما بلوغ خمسة اشبار فهو في رواية أخرى ، و إن كان المفهوم من العبارة أنهما في واحدة ، و معنى قولنا اقيمت عليه الحدود أنه لا ينقص منها شيء ، لأن الصبي إذا فعل ما يوجب الحد على غيره يؤدّب بما لا يبلغ الحد ، و لنا رواية ^(٣) أخرى « أن الأحكام تجري على الصبيان من ثلاث عشرة سنة وأربع عشرة سنة وإن لم يحتلم » و ليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحة سندها ، وهذه الرواية قدّمها المصنف في النافع ثم عقبها بقوله و في أخرى ، وهنا عبر بالأخرى من غير سبق رواية و ليس بجيد .

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من ابواب احكام الوقوف والصلقات الحديث - ٤ - .

(٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من ابواب الشهادات الحديث - ٣ - .

(٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ٣ - .

قلت: الأمر في ذلك كله سهل بعد أن لم يكن في شيء من نصوص العشر المتفرقة في الأبواب ما يدل على كون العشر بلوغاً، وغايتها ارتفاع الحجر بها عن الصبي في تلك الأمور المخصوصة، وبعضها كالصريح في ذلك والأصحاب بين عامل بمضمونها في تلك الموارد، وبين راد لها في الجميع، وبين مفصل فاجاز وصيته، لصحة الأخبار الواردة فيها، ومنع فيما عدا ذلك.

وأما حصول البلوغ الذي هو مناط التكليف بالعشر فلم نعرف قائلًا به نعم أرسله في الكفاية كما سمعت، ولم تتحققه، بل مقتضى اسناد بعض الأصحاب له إلى الرواية، عدمه، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه لقصورها عن المعارضة من وجوه، بل النص مستفيضة في عدم حصوله بالعشر.

ففي صحيح أبي بصير^(١) عن الصادق عليه السلام «في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأته يجلد الغلام دون الحد»، وتجلد المرأة الحد كاملاً، قيل له وإن كانت محصنة قال: لا ترجم لأن الذي نكحها ليس بمدرك.

والطليبي^(٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ فقال: أما التزويج فصحيح، وأما طلاقه فينبغي أن تعبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان طلق امرأته».

وصحيح صفوان^(٣) عن اسحاق بن عمار قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن ابن عشر سنين أيجب؟ قال: عليه حجة الإسلام إذا احتلم، وكذا الجارية عليها الحج إذا طمئت، ونحوه غيره إلى غير ذلك من النصوص، فلا إشكال في المسألة بحمد الله من هذه الجهة، بل ولا من غيرها كما بان لك ذلك مفصلاً هذا كله في الذكر.

﴿وَأَمَّا الْأُنثَى﴾ فيلوعها كمال ﴿تسع﴾ على المشهور بين الأصحاب، بل هو الذي استقر عليه المذهب، خلافاً للشيخ في صوم المبسوط، وابن حزة في خمس الوسيلة قبل العشر إلا أن الشيخ قد رجع عنه في كتاب الحجر، فوافق المشهور وكذا الثاني في

(١) الوسائل الباب ٩- من أبواب حد الزنا الحديث ١-.

(٢) الوسائل الباب ١١- من أبواب ميراث الأزواج الحديث ٤-.

(٣) الوسائل الباب ١٢- من أبواب وجوب الحج وشرائطه.

كتاب النكاح منها بل قد يرشد ذلك منهما إلى ارادة توقف العلم بكمال التسع على الدخول في العشر .

وعلى كل حال فيمكن بعد رجوع المخالف دعوى تحصيل الأجماع كما وقع من بعضهم بل في السرائر بعد أن حكى عن صوم المبسوط ما سمعت ، وعن نهايته التسع قال: «وهو الصحيح الظاهر من المذهب ، لأنه لا خلاف بينهم أن حد بلوغ المرأة تسع سنين ، فإذا بلغت وكانت رشيدة سلم الوصي إليها وهو بلوغها الوقت الذي يصح أن تعقد على نفسها عقدة النكاح ، ويحل للبلد الدخول بها بغير خلاف بين الشيعة الأثنى عشرية » .

و يدلّ عليه مضافاً إلى ذلك وإلى ما تقدم من خبري ابن حمران^(١) و يزيد الكناسي^(٢) وموفقى عبد الله بن سنان^(٣) والحسن بن راشد^(٤) ، ومرسل الفقيه^(٥) قال «ابو عبد الله عليه السلام إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها، وجاز أمرها في مالها، وأقيمت الحدود التامة لها وعليها»، والنصوص^(٦) الدالة على جواز الدخول بالجارية إذا بلغت تسعاً ، وأنها تحيض لتسع^(٧) وهي كثيرة .

وأما البلوغ بالعرف فقد رواه الشيخ مرسلًا ولم أجد به رواية مسندة نعم ربما يستدلّ له برواية غياث بن ابراهيم^(٨) عن الصادق عليه السلام «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال:

(١) الوسائل الباب ٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث ٢- والباب ٢- من ابواب

الحجر الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث ٣- .

(٣) الوسائل الباب ٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث ١٢- .

(٤) الوسائل الباب ١٥- من ابواب احكام الوقوف والصدقات ٣- .

(٥) الوسائل الباب ٤٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث ٤- .

(٦) الوسائل الباب ٤٥- من ابواب مقدمات النكاح .

(٧) الوسائل الباب ٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث ١٢- والباب ٢٢- ٣-

من ابواب العدد الحديث ٥٤ .

(٨) الوسائل الباب ٤٥- من ابواب مقدمات النكاح الحديث ٧- .

لائطوىء جارية لاقله من عشر سنين ، قال : فإن فعل فعيت ضمن ، لكنها كما نرى مع أنها ضعيفة السند - بينة الشذوذ معارضة بالرأيايات المستفيضة الدالة على جواز الدخول بالجارية لتسع ، بل عن النبي ﷺ^(١) أنه دخل بعائشة قبل تجاوز التسع ، غير صريحة في تحديد البلوغ بالعشرة لجواز استناد المنع فيها إلى أمر آخر ، غير عدم البلوغ ، فليس للفقيه معين عن المشهور ، كما هو واضح .

وعلى كل حال فالمراد بالسنة فيها - وفي الذكركنا بل وفي غيره من التحديدات القمرية ، لأنه المعهود من الشرع والمعروف عند العرب ، وقد قال الله تعالى^(٢) « إن عدة الشهور عند الله اثني عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات » وقال^(٣) « هو الذي جعل الشمس ضياء والقمر نوراً وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب » وقال :^(٤) « يسئلوكم عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج » .

وعلى هذا فيعتبر في الذكر مضي اربع عشرة سنة و أحد عشر شهراً هلالياً في السنة الأولى ، وبمكمل الشهر الأول منها من السادسة عشر ثلاثين يوماً إن كان تاماً وإلا ففي تكاملته ثلاثين كلاً و ل ، أو بقدر ما فات منه تم أو نقص احتمالان : أظهرهما عند بعض الأساطين الأول ، وكذا الكلام في الاثنى ، وربما قيل بانكسار الشهور والسنين كلها بانكسار الشهر الأول فيبطل اعتبار الأهلة ويرجع الى العدد في الجميع وهو ضعيف .

والظاهر اتقاء القول هنا وإن قيل بمثله في غيره وقد تقدم لنا شطر صالح من الكلام في ذلك فلاحظ وتأمل هذا .

ولا يخفى ان تحديد البلوغ بالسنة كغيره من التحديدات أمر واحد ، غير مختلف بالقياس الى أنواع التكليف ، لما عرفت من أن البلوغ مرتبة خاصة في جميع أفراد الحيوان فضلاً عن الإنسان - لا جماع العلماء والنسوص الكثيرة الواردة في التحديد على اختلافها

(١) الوسائل الباب ٤ - من ابواب مقدمة العبادات الحديث .

(٢) سورة التوبة الآية ٣٦ .

(٣) سورة يونس الآية ٥ .

(٤) سورة البقرة الآية ١٨٩ .

فيه ، إلا أنها متفقة في عدم الاختلاف المزبور .

بل خبر عبدالله بن سنان ^(١) منها - الذي قواه المتأخرون ، و مال إلى الأخذ به الفاضل المذكور - ظاهر الدلالة على ما ذكرنا ، وكذا حديث الثعالبي ^(٢) وخبر حمزة بن حمران ^(٣) بل النبوي صريح في ذلك .

وفي المروزي عن قرب الأسناد عن علي بن المفضل ^(٤) دأته كتب إلى أبي الحسن عليه السلام ما حد البلوغ ؟ قال : ما أوجب على المؤمنين الحدود ، وبه يظهر العموم في خبر يزيد الكناسي ^(٥) حيث دل على أن الحدود لا تثبت للغلام قبل بلوغ الخمس عشر ، فما تفرد به الفاضل الكاشاني - من أن التحديد بالسن مختلف في التكليفات ، وأن الحد في كل شيء هو التحديد الوارد فيه ، ظنائه أن التوفيق بين النصوص الواردة في السن إنما يحصل بذلك - واضح الفساد ، لمخالفته إجماع الإمامية بل المسلمين كافة ، فإن العلماء مع اختلافهم في حد البلوغ بالسن مجمعون على أن البلوغ الرافع للحجر هو الذي يثبت به التكليف ، وأن الذي يثبت به التكليف في العبادات هو الذي يثبت به التكليف في غيرها ، وأنه لا فرق بين الصلاة وغيرها من العبادات ، فيه .

بل هو أمر ظاهر في الشريعة ، معلوم من طريقة فقهاء الفريقين ، وعمل المسلمين في الأعصار والأعصار من غير تكير ، ولم يسمع من أحد منهم تقسيم الصبيان بحسب اختلاف مراتب السن ، بأن يكون بعضهم بالغاً في الصلاة مثلاً غير بالغ في الزكاة ، أو بالغاً في العبادات دون المعاملات ، أو بالغاً فيها غير بالغ في الحدود ، وماذا لك إلا لكون البلوغ بالسن أمراً متحداً غير قابل للتجزئة والتنويع ، على أن في جملة من نصوص المقام خبري المروزي ^(٦) وابن راشد ^(٧) المصرحين بوجوب الفرائض والحدود على

(١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١٢ -

(٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٣ -

(٣) (٤) (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمة العبادات الحديث - ٢ - ٧ - ٣ -

(٦) المستدرك ج - ١ - ص ٧ .

(٧) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الوقوف والصدقات الحديث - ٢ -

الغلام باكمال الثمان ، والتوفيق بينهما و بين التحديدات غير ممكن .

وكذا ما ورد في الوجوب على ذي ست ، و عدم الوجوب على من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ، أو أربع عشر ، و مادل على وجوب الصوم على الجارية بالتسع ، و مادل على عدمه عليها إلا بالثلاث عشر .

و بالجملة فالنصوص مختلفة اختلافاً لا يرجى جمعه بنحو ذلك ، وإنما الواجب النظر في اخبار المسألة بالنسبة إلى المكافأة وعدمها ، ثم الأخذ بالراجح ، وترك المرجوح أو تأويل ما يمكن فيه منه بالحمل على التعرّين والتأديب ، أو غير ذلك ، كما فعله الأصحاب ، وقد بان لك بحمد الله الراجح منها والمرجوح ، والله أعلم بحقيقة الحال ، هذا كله في السن والانبات والانزال .

﴿ أما الحمل والحيض فليسا بلوغاً في حق النساء ﴾ بخلاف معتد به أجده . فيه ، بل فقه عنه غير واحد من دون استثناء ، ففي المسالك « لاخلاف في كون الحيض والحمل دليلين على البلوغ ، كما لاخلاف في كونهما بلوغاً بأنفسهما » بل هو ظاهر العلامة في التذكرة والتحرير حيث نفى الخلاف في كون الحيض دليلاً على البلوغ والدليل في كلامهم هنا خلاف السبب ، لكن في المبسوط أن البلوغ يحصل بثلاثة الاحتلام ، والحيض ، والسن ، ثم قال : والحمل دلالة على البلوغ ، وكذا الأنبات على خلاف فيه ، و ظاهره كون الحيض بلوغاً دليلاً على سبقه ، و مثله ما في الوسيلة لكن يمكن أن يريدوا بذلك عدم دلالة على السبق بزمان يسع التكليف ، لجواز اتصاله بالسن ، ووقوعه بعد كمال التسع بلا فصل ، فيكون كالسبب في البلوغ ، لا بمعنى جواز التقدم عليه فإن امتناعه مقطوع به في كلام الأصحاب ، كما أنه يمكن ارادة ثاني الشهيدين من العبارة السابقة أنه لاخلاف في كون الحمل والحيض دليلين على سبق البلوغ كما لاخلاف في كون هذين الأمرين المذكورين في المتن المفهومين ضمناً من دلالة الحمل والحيض على السبق بلوغاً في أنفسهما ، و يمكن ارجاع الضمير إلى الحمل والحيض على معنى ارادة تعليق أحكام البلوغ عليهما في الشرع ، وإن كانا كاشفين عنه حقيقة .

قفي خبر عبدالرحمان بن الحجاج^(١) عن الصادق عليه السلام « ثلاث يتزوجن على كل حال ، وعد منها التي لم تحض و مثلها لا تحيض ، قلت : و ما حدّها قال : إذا أني لها أقل من تسع سنين » .

وروايته الأخرى^(٢) عنه أيضاً « ثلاث يتزوجن على كل حال و ذكر من جملتها التي لم تحض و مثلها لا تحيض ، قال : قلت : و متى يكون كذلك قال ما لم تبلغ تسع سنين ، فأنها لا تحيض و مثلها لا تحيض » .

و رواية عبدالله بن عمر^(٣) قلت لأحدهما : الجارية يشتريها الرجل وهي لم تدرك أو قد نشت من المحيض ؟ قال : لا بأس بأن لا يستبرأها » .

وموثق عبدالله بن سنان^(٤) إذا بلغ القلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنه و كتبت عليه السيئة وعوقب ، وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك ، وذلك أنها تحيض لتسع سنين .

و خبر يونس بن يعقوب^(٥) أنه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يصلي في ثوب واحد ؟ قال : نعم ، قلت : فالمرأة قال : لا يصلح للحره إذا حاضت إلا الخمار ، إلا أن لاتجده ، وغيرها من النصوص المتعلقة لأحكام البلوغ على الحيض .

أما الحمل فقد يدل عليه الحسن كالصحيح^(٦) « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال : في رجل ابتاع جارية ولم تطمث قال : إن كانت صغيرة لا يتخوف عليها الحمل فليس عليها عدة ، وليطأها إن شاء ، و إن كانت قد بلغت ولم تطمث فإن عليها عدة » .

(١) الوسائل الباب -٢- من ابواب العدد الحديث -٢- .

(٢) الوسائل الباب -٣- من ابواب العدد الحديث -٥- .

(٣) الوسائل الباب -١١- من ابواب بيع الحيوان الحديث -١- .

(٤) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١٢- .

(٥) الوسائل الباب -٢٨- من ابواب لباس المصلى الحديث -٣- .

(٦) الوسائل الباب -٣- من ابواب نكاح العيّد والاماء الحديث -١- .

ومرسل جميل^(١) عن أحدهما عليهما السلام « في الرجل يطلق الصبية التي لم تبلغ ولا يحمل مثلها وقد كان دخل بها ، والمرأة التي قد بشت من المحيض وارتفع حيضها ولا يلد مثلها ؟ قال : ليس عليهما عدة وإن دخل بهما » .

وموثق محمد بن مسلم^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام « قال : « التي تحبل مثلها لعدة عليها » .
وخبر منصور بن حازم^(٣) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية لا يخاف عليها الحمل قال : ليس عليها عدة » .

وخبر ابن أبي يعفور^(٤) عن الصادق عليه السلام أيضاً « في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحمل إذا اشتراها الرجل قال : ليس عليها عدة يقع عليها » .
بل قد يشهد لذلك أيضاً فحوى الأخبار المستفيضة^(٥) المتضمنة لنفي العدة عن الصغيرة والتي لم تبلغ المحيض ، فإن الوجه في انتفاء العدة في مثلها على ما يستفاد من النصوص عدم الاسترابة بالحمل في مثلها ، ومقتضى ذلك خروجها عن حد الصغير بإمكان العمل ، فخروجها عنه بتحقيقه أولى .

وعلى كل حال فقد بان لك ممّا ذكرنا عدم كونهما بلوغاً بانفسهما ﴿ بل قد يكونان دليلين على سبق البلوغ ﴾ في مثل المجهول حالها ، بأن يكون الحيض منها كاشفاً عن حصول العدد لها ، فلا يرد أن الدم الذي تراه قبل التسع ليس بحيض ، وبعدها يكون بلوغها بالسن ، فلا أثر للحيض في الدلالة ، إذ الجواب ما أومأنا إليه من ظهور القاعدة في مجهولة السن ، فإن بلوغها يعرف بالحيض ، لدلالته على السن الدال عليه ، لا بالسن ، لفرض جهالته .

نعم يعتبر فيه معلومية كونه حيضاً من الصفة أو غيرها ، ولا يكفي هنا ما اشتهر بين الفقهاء من قاعدة الامكان ، إذ هو مشروط ببلوغ التسع كما صرحوا به ، والقرض

(١) الوسائل الباب ٢- من ابواب العدد الحديث ٣- .

(٢) الوسائل الباب ٣- من ابواب العدد الحديث ٢- .

(٣) الوسائل الباب ٣- من ابواب نكاح العبد والاماء الحديث ٢-٣- .

(٤) الوسائل الباب ٢- من ابواب العدد .

في المقام الاشتباه .

ومن هنا قال في التذكرة : «لواشبه الخارج أنه حيض أم لا لم يحكم بالبلوغ ، ولا يحكم إلا مع اليقين عملاً بالاستصحاب » وهو كذلك ومعه يسقط اعتبار الصفة ، فإنها إنما تعتبر في صورة الشك .

وأما دلالة الحمل على السبق فباعتبار قضاء العادة بتقدم الحيض ، وباعتبار كونه مسبقاً بالانزال الذي قد عرفت سببيته للبلوغ ، لأن تكون الولد إنما يكون من اختلاط مجموع المائتين ، وهو المراد من الأمشاج في الآية الكريمة^(١) على ما هو المشهور بين المفسرين كإرادة صلب الرجل وترائب المرأة من قوله تعالى^(٢) «يخرج من بين الصلب والترائب» لاصلب الرجل وترائب ، ولا أن المراد بالأمشاج الاختلاط من الطبايع التي تكون في الإنسان من الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة ، ولا الاطوار والشئون ، ولا الاختلاط من مني الرجل وحيض المرأة ، مع أنه على الأخير يتم المطلوب أيضاً .

وما ذكرناه في الآيتين هو المروي عن ابن عباس بل هو موافق للنصوص الكثيرة عن النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام على أن خلق الولد من المائتين وأن ماء الرجل أبيض غليظ ، وماء المرأة أصفر رقيق ، وأن العظم والعصب والعروق من نطفة الرجل والشعر والجلد والرحم من نطفة المرأة ، وأن الذكورة والانوثة والشبه بالاعمام والاخوال من تسابق المائتين ، وعلو أحدهما على سابقه روى ذلك المصدق ، والراوندي ، والطبرسي ، في المحكي عن العلل ، والقصص ، والمجمع والاحتجاج .

وما عن الحكماء و الاطباء من الاختلاف في مني المرأة فعن أرسطو وأتباعه أنه لا مني لها وإنما ينقل عنها رطوبة شبيهة بالمني إذا امتزج بها مني الرجل تولد منها مادة الجنين ، وذلك لوجود القوة الماقدة في مني الرجل والمنعقدة في رطوبة المرأة .

(١) سورة النحر الآية ٢- .

(٢) سورة الطارق الآية ٦- .

وعن جالينوس وأكثر الأطباء أن للمرأة منياً كالرجل ، وفي كل منهما قوة عاقدة ومنعقدة ، لكن منى الذكر أشد وأقوى في الفعل والتأثير من منى الانثى ، وعن الحكماء أن مبدء التصوير في منى الرجل ، و مبدء التأثير و التصور في منى المرأة ، وإنما المنى إنما يقال عليهما بمحض اشتراك الاسم ، والآ فمني الرجل حار فضيج ثخين ، ومنى المرأة جنس من دم الطمث ، وإنما حصل به استحالة يسيرة ، لا يبعد به عن الدم بعد منى الرجل منه ، ولذا يسمونه طمناً لامنيّاً .

وعن بعض المحققين أن المنى عند الحكماء و هو الماء الجامع لبياض اللون و رائحة الطلع ، والدفق واللذة والقوة العاقدة غير قادح في شيء مما ذكرنا ، ضرورة كون النزاع بين الفريقين لفظياً ، وأن الاتفاق عنهما واقع على أن تكون الولد من مجموع المائتين ، و العبرة في التسمية بالعرف و اللغة و رطوبة المرأة تسمى منياً فيهما ، و خرجا عنه باصطلاح الحكماء لا يقدح في ثبوت الحكم الشرعي المنوط بغيره ، كما هو واضح .

وعلى كل حال ففي التذكرة والقواعد و المسالك « أن دلالة الحمل على البلوغ منوطة بالوضع ، لعدم العلم بتحقيقه بدونه ، فبعد الوضع يحكم بالبلوغ قبله » . قلت الأجود إناطة الحكم بالعلم في أصل الحمل ، وابتدائه فلو علم به قبل الوضع حكم بالبلوغ ، وكذلك لو علم بكونه لا أكثر من ستة أشهر حكم به ، لما يحتمل النقص عنه ، ولا فرق في دلالة الحمل على البلوغ بين أن يكون الولد تاماً أو غير تام ، إذا علم أنه مبدء نشو آدمي ، كما في المعلقة والمضغة ، ويسقط اعتبار الستة أشهر هنا . وللرجوع إلى الأربعين - كما دلت عليه الروايات في مراتب النشو - وجه وجيه .

ثم لا يخفى عليك أن الحاجة إلى هذه العلامة فيما إذا تحقق الحمل للمرأة من غير إحساس بالانزال ، فلو أحسست به حصل لها العلم بالبلوغ بذلك ، وجرى عليها القلم ، وإن توقف الحكم به ظاهراً على ظهور الحمل ، أو تحقق الوضع والله هو العالم بحقيقة الحال .

﴿ تفريع : الخنثى المشكل ﴾ بناء على الانحصار في الرجل والمرأة ، و أنه

لا قسم ثالث إن ثبت شعره الخشن حول الفرجين أو بلغ سنه الخمس عشر ﴿لو خرج منية من الفرجين﴾ أو أمنى من فرج الذكر بعدمضى تسع ، وإمكان الامناء من الذكر ﴿حكم ببلوغه﴾ بلا خلاف أجده بيننا ﴿و﴾ لا إشكال ضرورة حصول سبب البلوغ في الفرضين ، إن كان رجلاً أو امرأة .

نعم ﴿لو خرج﴾ منية ﴿من أحدهما يحكم به﴾ بناء على اعتبار اعتياد المخرج في الدلالة على البلوغ ، لجواز كون ذلك الفرج زائداً ، فلا يكون معتاداً أما لو صار ذلك معتاداً أو قلنا بدلالة خروج المنى مطلقاً على البلوغ ، اتجه الدلالة هذا . وفي المسالك بعد أن حكم بعدم الدلالة قال : «ومثله ما لوحاض من فرج النساء خاصة هذا هو الذي اختاره أكثر العلماء ولبعض العامة قول بأن ذلك كاف في البلوغ لان خروج المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكراً ، كما يحكم به لو خرج البول منه خاصة ، وكذا القول في الحيض والمنى من فرج الانثى ، ولان خروج منى الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل ، وكان دليلاً على التعيين ، ومتى ثبت التعيين كان دليلاً على البلوغ ، ولأن خروجهما معاً دليل البلوغ ، فخرج أحدهما أولى ، لأن خروجهما يفضى إلى تعارضهما ، واسقاط دلالتهما ، إذ لا يتصور حيض صحيح و منى رجل ، ونفى في التذكرة البأس عن هذا القول ، وهو في محله نعم لو صار ذلك معتاداً قويت الدلالة » .

قلت لا ينبغي التأمل في دلالة الحيض ، بعد فرض العلم بكونه حيضاً ، لأنه بصفاته وان احتمل كونه غير حيض على التعيين ، وعلى البلوغ ، كما أنه لا ينبغي التأمل في دلالة المنى الخارج من الفرج بعد العلم بكونه منياً عليهما أيضاً ، إذا كان خروجه في زمان عدم إمكان خروجه من الذكر ، لاستحالة ذلك من غير الأنثى كما هو واضح .

أما لو كانا بالصفة مع احتمالهما غيرهما ، فالمتجه ما هو المشهور من عدم الدلالة على أحدهما ، لما عرفت ، وقياسه على البول مع أنه منصوص هو مع الفارق ، ضرورة كون المفروض أنهما بالصفات ، وإن لم يقطع بكونتهما حيضاً أو منياً ، و دعوى أن

الصفات مما تورث العلم ظاهرة الفساد ، وإلا لم يمكن فرض التعارض فيهما في المسألة التي ذكرها المصنف وغيره بقوله .

﴿ ولو حاض من فرج الآثاق وأمنى من فرج الذكور حكم ببلوغه ﴾ على المشهور بين الأصحاب ، نقلاً إن لم يكن محصلاً ، بل في المسالك « أن دلالة ذلك عليه واضحة ، لأنه إما ذكر فقد أمنى ، وإما أنثى فقد حاضت » وللعمامة قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك ، لتعارض الخارجين واسقاط كل واحد منهما الآخر ، ولهذا لا يحكم والحال هذه بالذكورة ولا بالأنوثة ، فيبطل دالتهما كالينتين إذا تعارضا ، بل في المسالك « هو وجه في المسألة » .

قلت : هو مع أنه منافي للوضوح الذي ادّعاء سابقاً اللهم إلا أن يريد بالوجه مطلق الاحتمال وإن كان واضح الضعف تعارضهما بالنسبة إلى الدلالة على الذكورة والأنوثة لا يقضى به بالنسبة إلى البلوغ ، ضرورة عدم التلازم بينهما كما هو واضح والله أعلم .

﴿ الوصف الثاني ﴾ الذي يتوقف عليه رفع الحجر ﴿ الرشد ﴾ في المال بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل الكتاب والسنة دالة عليه أيضاً ، والمرجع فيه العرف كما في غيره من الالفاظ التي لاحقيقة شرعية لها ، ولا لغوية مخالفة للعرف ، وما عن الكشف - من أن الرشد الهداية ، والقاموس الاهتداء ، والنهاية والصباح خلاف النفي ، المفسر فيهما بالضلال - لا ينافي ما ذكره الأصحاب في المقام ، إذ هو بالنسبة إلى خصوص المال ، ولو سلم فالعرف مقدم على اللغة عندنا ، كما حُرِّرناه في محله .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ هو أن يكون مصلحاً لماله ﴾ وقد قيل : إنه طفحت به عباراتهم ، بل عن التنقيح « أنه لاشك فيه عند العرف » ومجمع البرهان « هو الظاهر المتبادر منه عرفاً ، وأنه هو الذي ذكره الأصحاب » وعن مجمع البيان « أنه العقل وإصلاح المال وهو المروي عن الباقر عليه السلام » ^(١) وعن مجمع البحرين عن الصادق عليه السلام ^(٢) في تفسير الآية أنه حفظ المال .

ولعل مرجع الجميع إلى شيء واحد ، وهو ما صدق عليه عرفاً أنه رشد

(١) (٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٧ - ٦ - .

بالنسبة إلى المال ، إلا أن قاعدتهم في مثل هذه الألفاظ الراجعة إلى العرف عدم التحديد التام ، إنكالات عليه ، بل ربما لا ينافي في بعض المقامات تحديده على الوجه التام ، ومن هنا قد عرفت تفسيره بما سمعت ، و في القواعد و عن غيرها أنه كيفية نفسانية تمنع من افساد المال ، وصرفه في غير الوجوه اللائقة بافعال العقلاء ، وكثير منهم ممن فسره بالاصلاح قد أخذ المملكة فيه في مقام آخر ، وجميع ذلك عند التأمل فضول لوفاء العرف في مصداقه ، فليس من وظائف الفقيه البحث فيه ، فضلاً عن الاطناب . نعم جرت عادتهم بذكر تفسير له على جهة الإجمال ، ولذا تختلف في القيود ، ومن هنا يعرف ما في المسالك في شرح عبارة المتن معترضاً بها عليه ، بل وعلى غيره قال : ليس مطلق الاصلاح موجباً للرشد ، بل الحق أن الرشد ملكة نفسانية تقتضي اصلاح المال ، وتمنع من افساده ، وصرفه في غير الوجوه اللائقة بافعال العقلاء .

واحترزنا بالمملكة عن مطلق الكيفية ، فإنها ليست كافية ، بل لابد من أن تصير ملكة يصير زوالها ، وباقتضاها اصلاح المال عما لو كان غير مفسد له ، ولكن لا رغبة له في اصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء ، فإن ذلك غير كاف في تحقق الرشد ، ومن ثم يختبر بالاعمال اللائقة بحاله ، كما سيأتي ، ويمنعه من إفساده عما لو كان له ملكة الاصلاح والعمل ، وجمع المال ، ولكن ينقعه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله ، فإنه لا يكون رشيداً .

وفيه أولاً : أنه من المعلوم إرادة الصفة اللازمة ضرورة عدم صدق الرشيد عرفاً على من حصل منه ذلك على وجه الاتفاق ، ومرجع المملكة إلى ذلك فهي مرادة للجميع بهذا المعنى قطعاً ، والمراد باصلاح المال حفظه والاعتناء بحاله ، وعدم تبذيره والمبالاة ونحو ذلك مما ينافيه العرف بالاعمال التي لا تلحق بحاله .

أما تنميته والتكسب به فقد يمنع اعتباره في الرشد عرفاً ، من غير فرق بين أولاد الرؤساء وغيرهم ، وستعرف عدم وجوب الاختيار بالاعمال اللائقة بحاله ، وإنما هو طريق من طرق معرفة الرشد ، كالفضل والاستغزال ، والنسج والاستنتاج في الانثى والجمع بينهما في الخنثى ، ضرورة عدم توقف تحقق الرشد عرفاً على ذلك ، بل قد

يتحقق عرفاً بدونه ، كما هو واضح بأدنى تأمل . و بالجملة إطالة الكلام في تحقق مصداق الرشد في المال مع وفاء العرف به تضييع للعمر فيما لا ينبغي .

﴿ و ﴾ أولى من ذلك البحث في أنه ﴿ هل يعتبر ﴾ فيه ﴿ العدالة ﴾ أولاً حتى قال المصنف ﴿ فيه تردد ﴾ بل وخلاف فعن الشيخ ، والراوندي ، وأبي المكارم ، وفخر الاسلام ، اعتبارها ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، والمشهور نقلاً و تحصيلاً - بل في المسالك و محكي التذكرة نسبته إلى أكثر اهل العلم - العدم ، اذ لا ريب في صدق العرف بدونها ، ولو كانت معتبرة في الابتداء لاعتبرت في الاستدامة ، و هو معلوم الفساد بالسيرة القطعية في معاملة المخالفين ، و أهل الذمة والفسقه وغيرهم . ومن هنا حكى عن التذكرة الاجماع على عدم التحجير بطروا الفسق الذي لم يستلزم تبذيراً ، و على عدم مدخلية ترك المروءة ككشف الرأس و مد الرأس الرجل وأشياء ذلك في العدالة على تقدير اعتبارها في دفع المال .

قلت : بل يمكن دعوى كونه ضرورياً يشك في اسلام منكره ، و قد صرح الأصحاب بجواز بيع الخشب لمن يعمل الاصنام ، والتمر والزبيب لمن يصنع الخمر . فمن الغريب النقل عن الشيخ في الخلاف ، والمبسوط ، وابن زهره التزام ذلك بل هو في المبسوط لم يجعل ذلك احتياطاً ، كالحكي عن الخلاف ، والغنية المستظهر من الاحتياط فيهما الوجوب دون الندب ، مع أن الا تكار عليهما في الاحتياط لو أريد منه الاستحباب واضح ، فضلاً عما لو لم يكن احتياطاً .

وأغرب من ذلك استدلالهما عليه بقوله ^(١) « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » بضميمة ما روي عنهم ^(٢) « من أن شارب الخمر سفيه » وبأن القاسق موصوف بالقي الذي هو ضد الرشد المعتبر في المال ولان المتيقن العدل دون غيره ، ونحو ذلك مما لا يليق بالفقيه جعل شيء منها مدركاً للحكم الشرعي كما هو واضح .

واطرف من ذلك كله القول بأنه لا يرد عليهما على تقدير قولهما بذلك شيء

(١) سورة النساء الآية ٥ -

(٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ٨ - .

مما ذكر ، لان العدالة عندهما ظاهر الاسلام مع عدم ظهور الفسق ، أو حسن الظاهر ، وهما معاً متحققان في غالب الناس إذ هو كما ترى .

نعم لهما الفرق بين الابتداء والاستدامة مع أنه ليس لهما أيضاً ، للقطع بتحقيق الرشد عرفاً بدونها ، فلا يجوز منع مال الناس بامثال هذه المزخرفات ، وبعض أفراد الفسق الذي يرتفع معها وصف الرشد ويثبت بها وصف السفه لا يقضي باعتبار العدالة في ماهية الرشد قطعاً ، كما هو واضح وبالجمله الاطناب في ذلك كما وقع لبعضهم أيضاً من تضييع العمر ، فيما لا ينبغي كالمسألة السابقة والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿إذا لم يجتمع الوصفان﴾ أي البلوغ والرشد ﴿كان الحجر باقياً﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿وكذا لو لم يحصل الرشد ولو طعن في السن﴾ لا إطلاق الأدلة خلافاً لبعض العامة فوجب دفع المال إليه إذا بلغ خمسة وعشرين سنة . وعلى كل حال ﴿و﴾ أماما ﴿يعلم﴾ به ﴿رشده﴾ فهو أيضاً بطرق لا تنحصر عرفاً ومنها معرفته ﴿باختباره﴾ بما يلائمه من التصرفات ليعلم قوته على المكايسة في المبايعات ، وتحفظه من الانخداع ، وكذا تختبر الصبيبة ﴿وحينئذ فيعرف﴾ رشدها بأن تحفظ من التبذير ، وأن تعتني بالاستغزال مثلاً ، وبلاستنتاج ، إن كانت من أهل ذلك أو بما يضاهاه من الحركات المناسبة لها ﴿ويأتي تمام الكلام في آخر المبحث إنشاء الله تعالى .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿يثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال﴾ إجماعاً ﴿وبشهادة الرجال﴾ منفردين ﴿والنساء﴾ كذلك ﴿في النساء﴾ أومع التلقيق بلا خلاف أجده فيه ، بل قيل : عليه الإجماع في كثير من العبارات ، وإن كنّا لم نتحققه ﴿دفعاً لمشقة الاقتصار﴾ على الرجال فيهن وغيره فيندرج فيما دلّ على فیهما من الآية والرواية . بل قد يندرج فيما دلّ على قبول شهادتهن فيما يعسر اطلاع الرجال عليه من النصوص ، وإن كان لا يخلو من بحث لولا الاعتضاد باتفاق الأصحاب ، ظاهراً عليه ، فظهر حينئذ عدم الاشكال في الحكم بجميع أفراده والخثائي كالنساء على الظاهر .

إنما الكلام في اعتبار قيام بيّنة الرشد عند الحاكم وحكمه بها في الثبوت ، أو يكفي قيامها بعد معلومية جمعها للشرائط من العدالة ونحوها عند من في يده المال ،

ربما احتمل الأول ، لمعلومية اعتبار الحاكم في الشهادة ، و الغرض أن المقام من موضوعها ، وإلا لاكتفى بخبر الواحد ، و قد يقوى الثاني خصوصاً مع تعذر الحاكم أو تعسر الوصول إليه لعموم قبول البيئنة ومنع اشتراطها بالحاكم في المقام ، وأمثاله الذي قيل أنه يكتفى فيه بالظاهر ، للسيرة القطعية في معاملة مجهول الحال ، والبيئنة لا تقصر عنه ، كما إنه قيل بتحقيق وصف الرشد بقيامها ولو عند غيره ، فيحصل حينئذ شرط الدفع ، وإن كان لا يخلو من نظر ، وتتمام الكلام في المسألة في مقام آخر ، ضرورة كثرة أفرادها والله أعلم هذا كله في الرشد .

﴿وأما السفه﴾ بالنسبة إلى المال ﴿فهو﴾ المقابل له فيكون عبارة عن ﴿الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة﴾ عند العقلاء ولو أبناء الدنيا ، لما عرفت من أن الرشد إصلاح المال ، وتحقيقه لا يحصل إلا بعدم الصرف في غير الأغراض الصحيحة ، وتتمام الكلام فيه يعرف مما قدمناه في الرشد ، وأن مرجعه إلى العرف الذي لا شك في عدم تحققه بمجرد الصرف في مطلق المعاصي ، إما لأنه ليس تبذيراً ، أو لأنه لا يتحقق السفه عرفاً .

لكن في المحكي عن التحرير إن استلزم فسقه التبذير - كشراء الخمر وآلات اللهو والنقعة على الفاسق - لا يسلم إليه شيء لتبذيره ، وفي المحكي عن التذكرة: الفاسق إذا كان ينفق أمواله في المعاصي ويتوصل بها إلى الفساد فهو غير رشيد ، ولا تدفع إليه أمواله إجماعاً ، بل قيل : الظاهر أنه إجماع الأمة .

وفيه : أن مثله قد لا يعد عرفاً سفهياً ، خصوصاً الاتفاق على الفاسق ، وإلا لا نتجه ما عن الأردبيلي من الاشكال بأنه قل ما يخلو عن ذلك الانسان ، فإيهم يشتركون ما لا يجوز ويستعملون الربا ، ويعطون الأموال للمقني واللاعب بالمحرم ، وإلى من يأخذ من الناس الأموال قهراً ، خصوصاً الحكام والظلمة ، فيلزم أن يكونوا سفهاء لا تجوز معاملتهم ومناكحتهم وأخذ عطاياهم ، وزكواتهم وخمسهم ، فإيهم سفهاء ، بإجماع الأمة كما فهمناه من التذكرة مع أنهم صرحوا وأطلقوا معاملاتهم ، ومناكحتهم ، وقبول جوائزهم ، وقالوا أبكر اهتبا .

بل يمكن أن يقال : إن صرفه في العنب بأن يعمل خمرأ ، وفي الخشب بأن يعمل صنماً ونحو ذلك صرف في المحرم ، فيكون فاعله سقيهاً لا يجوز معاملته ومناكحته ، مع أنهم جوزوا ذلك وقالوا بكرامتها ، ولا شك أن صرفه ولو كان قليلاً من الإطعام للرّيا والسعة وغير ذلك من الأغراض الغير الصحيحة شرعاً حرام ، فيكون موجباً للسفه ، ومن الذي يخلو عنه من أرباب الاموال فيلزم عدم جواز أخذ العطية بل الزكاة والخمس منهم فتأمل .

وبالجملة فالتنزه عنه متعسر جداً ، فإنه لو لم يعامل السفيه ، فإنه يعامل من يعامله ، ويصعب ذلك أيضاً أنهم قالوا أن الرشد شرط ، فلا بد من تحققه ، ليعمل بالمشروط ، فمن جاء إلى سوق كيف يعرف ذلك ، بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذي هو شرط بالاجماع ، فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر ، ويتركون الاصل ، فإن حال الانسان أنه لم يفعل حراماً ، ولا يصرف ماله فيه .

ولعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة والمناكحة ، ولهذا ما نقل الامتناع والتفحص عنهم عليهم السلام ، ولا عن أحد من العلماء المتدينين ، ويكون الاختيار الابتدائي لتسليم المال للنص والاجماع .

وفيه أن ذلك لا يجدي في المعلوم حالهم ، كالحكام وغيرهم ومن هنا التجأ بعضهم إلى الجواب بأن السفيه لا يجوز تصرفاته بعد الحجر عليه لاقبله ، وليس السفه بنفسه موجباً للامنع ، وهو أيضاً مناف لاطلاق النص والفتوى ، بل وقوله ^(١) «ولا تزوتوا السفهاء أموالكم» وغيره فالتحقيق ما عرفته من أن المناط في تحققه وصدقه العرف ، ولا ريب في عدمه عرفاً في جميع مذكره ، ضرورة اختلاف اصناف الناس ، فقد يليق بالسلطان ما يليق بغيره ، ولا يعد به سقيهاً ، وإن كان صرفه في محرم كما هو واضح .

وقد عرفت أن السيرة القطعية على معاملة مجهول الحال ، عملاً بظاهر الحال ، وأصل الصحة وغير ذلك ، وحيث عرفت أن المدار في السفه والرشد على العرف ، فقد

يقال بتحقيق الأول منهما فيه بصرف جميع المال في وجوه البر، خصوصاً بالنسبة إلى بعض الأشخاص، والازمنة، والامكنة، والأحوال، كما أوماً إليه ربّ العزة بقوله^(١) «ولا تجعل يدك مفلولة إلى عنقك ولا تبسطها كل البسط»^(٢) «ويستلونك ماذا ينفقون قل العفو».

وهو كما عن الصادق عليه السلام^(٣) «الوسط من غير إسراف ولا إقتار» والباقر عليه السلام^(٤) «ما فضل عن قوة السنة» وابن عباس «ما فضل عن الأهل والعيال، أو الفضل عن الغنى». وعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم^(٥) «أنه قال: لمن أتاه ببيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجيء أحدكم بماله كله يتصدق به، ويجلس فيكفف الناس، إنما الصدقة عن ظهر غنى».

والمرسى^(٦) عن الصادق عليه السلام «لوان رجلاً أنفق ما في يده في سبيل الله ما كان أحسن، ولا وفق للخير، أليس الله تبارك وتعالى يقول «ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين».

وعن الصادق عليه السلام^(٧) أيضاً «قوله والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً» فبسط كفه وفرّق أصابعه، وحنأها شيئاً وقوله «ولا تبسطها» فبسط راحته، وقال: هكذا وقال: القوام ما يخرج من بين الأصابع ويبقى في الراحة منه شيء».

وعنه^(٨) أيضاً «أنه تلا هذه الآية فأخذ قبضة من حصى وقبضها بيده، فقال: هذا الاقتار الذي ذكره الله تعالى في كتابه، ثم قبض قبضة أخرى فارخى كفه كلها ثم قال:

(١) سورة الاسراء الآية - ٢٩ - .

(٢) سورة البقرة الآية - ٢١٩ - .

(٣-٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من ابواب النفقات الحديث ١٥-١٦ - .

(٥) المستدرک ج - ١ ص ٥٤٤ .

(٦) الوسائل الباب - ٢٥ - من ابواب النفقات الحديث ٧ .

(٧) الوسائل الباب - ٢٥ - من ابواب النفقات الحديث - ٧ - .

(٨) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب النفقات الحديث - ٦ - .

هذا الاسراف ، ثم قبض أخرى فأرخصى بعضها وأمسك بعضها ، وقال : هذا القوام .

وفي صحيح الوليد بن صبيح^(١) عنه أيضاً « أن رجلاً كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهماً ثم شاء أن لا يبقى منها إلا وضعها في حق فيبقى لآمال له فيكون من الثلاثة الذين يرد دعاؤهم قلت : من هم قال : أحدهم رجل كان له مال فانفق في وجهه ، ثم قال : يارب ارزقني فيقال له : ألم أرزقك . »

بل في صحيح ابن أبي نصر^(٢) عن أبي الحسن عليه السلام سألته عن قول الله عز وجل « وآتوا حقهم » إلى آخره كان أبي يقول من الاسراف في الحصاد ، والجناد ، أن يتصدق بكفّيه جميعاً ، وكان أبي عليه السلام إذا حضر شيئاً من هذا فرأى أحداً من غلمانه أنه يتصدق بكفّيه صاح اعط بيد واحدة ، القبضة بعد القبضة ، والفضة بعد الفضة من السنبيل . »

وفي خبر ابن المثنى^(٣) « سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله « وآتوا حقهم يوم حصادهم » فقال : كان فلان بن فلان الانصاري سمّاه وكان له حرث وكان إذا جذّه يتصدق به ويبقى هو وعياله بغير شيء ، فجعل الله ذلك سرقاً . »

وعنه^(٤) أيضاً « أنه لما دخل الصوفية عليه أنكر عليهم ما يأمر به الناس من خروج الانسان من ماله بالصدقة على الفقراء والمساكين ، وفي بعض الاخبار^(٥) أن السرف ان تجعل ثوب ثوب صورك ثوب بذلتك ، وفي بعضها^(٦) أن السرف أمر يفضّه الله عز وجل حتى طرحك التواء ، فأنها تصلح لشيء ، وحتى فضل شراك . »

وفي خبر اسحاق^(٧) « ليس فيما أصلح البدن اسراف ، وفيها إنما الاسراف فيما

(١) الوسائل الباب - ٤٢ - من ابواب الصدقة الحديث - ١ - .

(٢) الوسائل الباب - ١٦ - من ابواب زكاة الغلة الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب - ٤٢ - من ابواب الصدقة الحديث - ٣ - مع اختلاف يسير .

(٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من ابواب الصدقة الحديث - ٨ - .

(٥) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب احكام الملابس الحديث - ٢ - .

(٦) الوسائل الباب - ٢٥ - من ابواب النفقات الحديث - ٢ - .

(٧) الوسائل الباب - ٢٦ - من ابواب النفقات الحديث - ١ - .

أفسد المال وأضرّ بالبدن ، قيل وما الإقتار قال : أكل الخبز والملح ، وأنت تقدر على غيره ، قيل : فما القصد قال : الخبز و اللحم و اللبن و الخل ، و السمن ، مرة هذا ، و مرة هذا ، و نحوه غيره لكن في القواعد ان صرف المال في وجوه الخير ليس تبذيراً ، كما عن ظاهر مجمع البرهان ، بل و عن مجمع البيان ، بل في المسالك إن المشهور ذلك لأنه لا سرف في الخير ، كما لاخير في السرف ، ولم يثبت كونه خيراً ، وعن النبي ^(١) ﷺ «انه قال : لعلي ^(٢) وأما الصدقة فجهدك » و بالنصوص ^(٣) الدالة على الترغيب في ذلك ، بل في المسالك و من المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة و بعض الأئمة كالحسن ^(٤) صلوات من أموالهم في الخير ، وقصة صدقة أمير المؤمنين ^(٥) بالاقراض مشهورة ، و في الاول أنه لا دلالة على القرض كالنصوص ، والمستفيض عنهم اعله لانه يليق بهم الا يلبق بغيرهم وعلى كل حال فالمحكم العرف كما عرفت والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان ﴿فلو باع والحال هذه﴾ أى غير رشيد ﴿لم يرض بيعه﴾ ولا شراؤه ولا غير ذلك من عقود و معاملات له إذا حبر عليه الحاكم ، أو مطلقا على الخلاف ، ﴿وكذا لو هب أو أقر بمال﴾ والضابط المنع من التصرفات المالية بلا خلاف أجده فيه ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، بل عن مجمع البرهان دعواه وهو الحجة بعد الاعتضاد بمادل عليه من كتاب و سنة ، من غير فرق في ذلك بين ما تناسب أفعال العقلاء منها أو لا ، ولا بين العين والذمة ، ولا بين الذكر والانثى ، بل هي أولى منه ، لنقصان عقلها ، ويسر انخداعها .

ومن هنا حكى عن بعض العامة بقاء الحبر عليها وإن بلغت رشيدة ، والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرفات المالية من جهة مقابلة البضع بالمال ، فلا يجوز بدون إذن الولي ، أما الذكر فظاهر ، لان الصداق منه .

وما عن تكاح القواعد من أن السفينة إذا كان به ضرورة إلى النكاح ، وتعمد الحاكم والولي فإنه يجوز ان يتزوج واحدة لا يزيد بمهر المثل - خارج عما نحن فيه ، كالمحكمي من تكاح التذكرة أيضاً من أنه لو تكاح السفينة بغير إذن الولي مع حاجته اليه و طلبه

من الولي فلم يزوجه «قال الشيخ رحمه الله» الأقوى الصحة، لأن الحق تعين له، فإذا تعذر عليه ان يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه، كمن له حق عند غيره، فمنعه وتعذر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضى المديون.

وحكي عن أحد وجهي بمض الشافعية أن النكاح يبطل ولاحد ولا مهر، وعن بعض أن لها مهر المثل، وعن بعض أن لها أقل ما يتمول رعاية لحق السفية، ووفاء لحق العقد، إذ به يتميز عن السفاح، ولتحقيق ذلك مقام آخر، إنما الكلام في أنه ممنوع من التصرفات المالية بدون إذن الولي، وحال تعذر الوالي أو مخالفته شيء آخر. كما هو واضح.

﴿نعم يصح طلاقه، وظهاره، وخلعه، وإقراره بالنسب، وبما يوجب القصاص﴾ ونحو ذلك مما ليس هو تصرفاً مالياً للأصل السالم عن المعارض ﴿أذ المقتضي للحجر صيانة المال عن الإلتاف﴾ فيختص منعه بما يقتضيه دون ذلك مما ليس مالياً، ولا يشكل الخلع إذا كان بدون المثل، لأنه إذا كان له الطلاق بدون عوض أصلاً فمعه بطريق أولى، أللهم إلا أن يفرق بين الخلع مطلقاً وغيره بصدق المالية حينئذ فيراعى إذن الولي بمقداره وجنسه ونحو ذلك.

وكذا قد يشكل الإقرار بالنسب إذا تضمنت الاتفاق ونحوه، مما يرجع إلى المال، ويدفع بأن المال فيه تبعي لأصلي، وقد يقال: بقبوله في النسب خاصة دون الاتفاق، ويؤيده أنه ربما يجعل ذلك وسيلة لاتلاف المال لوقلنا بقبوله، بل جزم به في المسالك، بل ظاهره أن هذا هو المعروف قال: «وإن كان أحدهما لا ينفك عن الآخر إلا أن تلازمهما غير معلوم، بل هو كالأقرار بالسرقة مرة واحدة من الحرز، فإنه يثبت به المال دون القطع، وبالعكس لو أقر بها السفية فإنه يقبل في القطع دون المال، وحينئذ فالنقطة من بيت المال المعد لمصالح المسلمين، وللشهيد قول بأنه ينفق عليه من ماله، لأنه فرع ثبوت النسب، ولأن الاتفاق من بيت المال إضرار بالمسلمين، فكما يمنع من الإضرار بماله، يمنع من الإضرار بغيره، وردّه بأن إقراره إنما ينفذ فيما يتعلق بالمال، وبيت المال معد لمصالح المسلمين، فكيف يقال: إن مثل ذلك يضر

بهم ، إذ ذلك آت في كل من يأخذ منه جزاء .

قلت : للشهيد أن يقول : إن عموم الاقرار يشمل ، بعد أن لم يكن تصرفاً مالياً ، و المال من التوايع ، فيبقى على مقتضى الضوابط فتأمل جيداً وعلى كل حال فمما سمعت قد ينقدح الإشكال في الاقرار بما يوجب القصاص ، وقد تقدم لنا البحث في نظير ذلك إذا أراد فداء نفسه بالمال ، لكن الأقوى كما في المسالك وجوب الفداء أما إذا لم يكن كذلك فلا إشكال في القبول والله أعلم .

﴿ ولا يجوز تسليم عوض الخلع إليه ﴾ إذا كان مالا ، وإن كان هو الذي يوقع

الخلع .

﴿ ولو وكله أجنبي في بيع أو هبة ﴾ مثلاً ﴿ جاز لأن السفه لم يسلبه ﴾ حكم عبارته ولا ﴿ أهلية ﴾ مطلق ﴿ التصرف ﴾ بل في ماله خاصة فيبقى غيره مندرجاً فيما دل على الصحة ، كما هو واضح ، خلافاً لبعض العامة ﴿ ولو أذن له الولي في النكاح ﴾ الذي فيه مصلحته التي سوغت للولي الاذن فيه ﴿ جاز ﴾ إن عين له المهر والزوجة ونحو ذلك ، بحيث يؤمن معه من اتلاف المال بلا خلاف ولا إشكال ، بل وإن عين الزوجة وأطلق المهر ، لأنه ينصرف حينئذ إلى مهر المثل ، وكذا غيره من العقود على الأقوى ، واحتمال الفرق بين النكاح والبيع - مثلاً بأن المقصود من الثاني المال دون الاول ، وبأن السوق يختلف ساعة فساعة فناسب أن يكون الولي هو العاقد احتياطاً للمال ، بخلاف النكاح ولذا حكى عن الشيخ والقاضي المخالفة ، بل وعن غيرهما - كما ترى مجرد اعتبار لا يصلح أن يكون مدركاً ، وقد ظهر من ذلك وغيره أنه ليس مسلوب العبارة .

﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لو باع فأجاز الولي فالوجه الجواز لا من من الا تخداع ﴾ حينئذ ولأنه أولى من الفضولي بذلك خلافاً لما سمعته من الشيخ والقاضي ، ضرورة أولوية المنع هنا مما سمعته سابقاً من تقدم الاذن بل حكاة في المسالك عنهم و هنا وقد يفرق بين المقامين والله أعلم .

﴿ و ﴾ الخامس : ﴿ المملوك ﴾ وهو ﴿ ممنوع من التصرفات إلا باذن المولى ﴾

كما تقدم البحث فيه مفصلاً في باب القرض .

﴿و﴾ السادس : ﴿المريض﴾ وهو ﴿ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث﴾ كالصحيح ﴿اجماعاً﴾ محصلاً ومحكياً مستقيماً أو متواتراً ، كالنصوص ^(١) المشتمل جملة منها على أنه الحيف والتعدي ، وأنه يردُّ إلى الثلث الذي هو المعروف والغاية في الوصية ، وخلاف علي بن بابويه غير قادح ، أو غير ثابت ، لأنه قال كما في المختلف : « فإن أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، وإن أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله ، ويلزم الوصي انفاذ وصيته على ما أوصى » وهو عين المحكي عن فقه الرضا ، ولملّه بعد قوله هو الغاية غير صريح في الخلاف ، ويكون قوله يلزم إلى آخره كلاماً مستأنفاً . كما أن قوله - وإن أوصى بماله - إلى آخره محمول على إرادة الغاء وصيته أو على إرادة حمل ذلك لواقع منه على الوصية بما يخرج من أصل المال من دين أو نذر أو كفارة أو نحو ذلك ، حملاً لتصرفه على الوجه الصحيح ، إذ الكتاب والسنة قد توافقا على وجوب انفاذ الوصية ، وعدم جواز تبديلها لإلأمع الحيف ، وهو لا يثبت بالاحتمال ، وهذا وإن كنا لم نقل به ، إلا أنه به يخرج عن الخلاف عما نحن فيه ، ضرورة رجوعه إلى حمل إطلاق الوصية بجميع المال على الوجه الصحيح ، وهو غير الوصية بالزائد على الثلث فيما لم يعلم عدم خروجه عن أصل المال من وجوه البر أو العطية أو نحو ذلك .

لكن فيه حينئذ أنه أيضاً مخالف للنصوص ، ^(٢) المتضمنة لا يبطال هذه الوصية ، وارجاعها إلى الثلث ، فإزالة الصحة إنما هي في التصرف بماله لا بما يخرج عنه بالموت بل الأصل الفساد ، وإطلاق مادل على نفوذ الوصية وأنها مقدمة على الإرث محمول بقرينة النص والفتوى على الثلث فمادون ، فلا وجه للاستناد إليه في ذلك ، ولا في الأول على تقدير خلافه .

وكيف كان فلا ريب في عدم سراحة كلامه في الخلاف فيما نحن فيه خصوصاً بعد عدم نقل ولدعنه ذلك ، وتصريحه بعدم جواز الوصية بالزائد على الثلث من غير إشارة

(١) (٢) الوسائل الباب ٨- من أبواب أحكام الوصايا .

إلى خلاف والده .

بل عنه في المقتنع أنه روي عن الصادق (عليه السلام) ^(١) أنه سئل عن رجل أوصى بماله في سبيل الله عز وجل فقال : اجعله إلى من أوصى له به ، وإن كان يهودياً أو نصرانياً فإن الله عز وجل يقول « ومن بدله بعد ما سمعه فإنما أثمه على الذين يبدلونه إن الله سميع عليم » ثم قال : عقيب ذلك ماله هو الثلث ، لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث ، مضافاً إلى إقتضاء القواعد - بعد الإغضاء عن أدلة الارث ، وكونها مطلقة - بطلان أصل الوصية ، فيقتصر على المتيقن في الخارج عن ذلك ، وهو الثلث .

وخبر ابن عبدوس ^(٢) - « أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد (عليه السلام) فكتبت إليه رجل أوصى الي بجميع ما خلف لك . وخلف ابنتي اخت له ، فرأيت في ذلك؟ فكتب إلي : مع ما خلف وابتع به الي ، فبتعت وبتعت به اليه فكتب إلي قد وصل ، محتمل لإجازة الوارث ، أو لكونه مخالفاً بحيث يحرم ، ولطلب الامام ليأخذ ثلثه ويرد الباقي ، أو يحفظه لهما لصغرهما ، أو لجواز ذلك بالنسبة إلى الامام خاصة ، وللتنجيز في حال الصحة أو غير ذلك مما لا بأس به ، بعد قصوره عن معارضة غيره من وجوه ، وخصوصاً ما تضمن منه نحوه هذه الواقعة ، كما لا يخفى على من لاحظ هذه النصوص .

وكذا خبر عمارة ^(٣) « الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز » - الواجب حمله بعد معارضته بالمقتواتر من النصوص على إرادة الثلث من ماله ، أو على إرادة الجواز الموقوف على إجازة الورثة أو على إرادة التنجيز من قوله « أوصى » ، فيكون من أدلة القائلين بكون المنجزات من الأصل ، أو على غير ذلك . لكن عن الشيخ والصدوق حمله على من لا وارث له ، ومقتضاء نفوذ الوصية بجميع المال مع عدم الوارث غير الامام ، وهو مخالف أيضاً لاطلاق النصوص ^(٤) ومعاهد

(١) الوسائل الباب ٢٢- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١- .

(٢) (٣) الوسائل الباب ١١- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١٦- -١٩-

(٤) الوسائل الباب ١١- .

الاجتماعات وغيرهما .

و خبر السكوتى ^(١) عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه سئل عن الرجل يموت ولا وارث له ولا عصبه؟ فقال: يوصى بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين وابن السبيل، مع قصوره عن المقاومة واحتماله الثلث من ماله - يمكن أن يكون ذلك إذا منه عليه السلام لأن الارث إليه .

وأما خبر محمد بن أحمد بن عيسى ^(٢) قال : كتب إليه محمد بن اسحاق المتطيش وبعد أطال الله بقالك نعلمك يا سيدنا أنا في شبهة من هذه الوصية التي أوصى بها محمد بن يحيى بن رثاب وذلك أن موالى سيدنا وعبيده الصالحين ذكروا أنه ليس للميت أن يوصى إذا كان له ولد بأكثر من ثلث ماله ، وقد أوصى محمد بن يحيى بأكثر من النصف مما خلف من تركته ، فإن رأى سيدنا ومولانا أطال الله بقاءه أن يفتح غياهب هذه الظلمة التي شكونا ويفسر ذلك لنا نعمل عليه إنشاء الله . فاجاب عليه السلام إن كان أوصى بها من قبل أن يكون له ولد فبجائز وصيته ، وذلك أن ولده ولد من بعده فهو غير موافق لهما أيضاً ، فلا بد من طرحه أو تأويله ، لكن في الوسائل أنه قد عمل به الشيخ والصدوق بظاهره ولا ريب في ضعفه .

نعم لا تنفذ الوصية بالزائد ﴿ما لم يجز الورثة﴾ فإن أحازوا بعد الموت فنفذت بلا خلاف ولا إشكال نصاً وفتوى ، بل الاجماع بقسميه ، عليه ، فالجهة للاشكال فيه بأنه كالأجازة للفضولي من تجدد له الملك بعده ، مع وضوح الفرق بينهما ، بأن التصرف هنا فيما بعد الموت الذي هو وقت الانتقال إلى المجهيز ، بخلافه في الفرض الذي يتوجه فيه الاشكال في الاجازة على تقدير الكشف بأنه لا وجد له من حين العقد ، لكون المفروض تجدد الملك للمجهيز ، فلا يملك المعقود له قبل ملك المجهيز ، ولأن حين تجدد الملك للزوم الفاء السبب فيما قبله .

وكيف كان فلا إشكال فيما نحن فيه بعد ما عرفت . إنما البحث في الاجازة قبل الموت ، والمشهور قلاً إن لم يكن تحصيلاً خصوصاً بين المتأخرين أنها كالأجازة بعد

الموت في عدم جواز الرجوع بها ، بل نسب إلى عامتهم ، بل عن الطوسي الاجماع عليه للنصوص المستفيضة التي منها صحيحا ابني مسلم^(١) و حازم^(٢) في رجل أوصى بوصية و ورثته شهود فأجازوا ذلك ، فلما مات الرجل نقضوا الوصية ، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ قال: ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة ، وإطلاقهما كغيرهما من معقدا لاجماع وغيره عدم الفرق بين الصحيح والمريض في ذلك ، خلافاً للمحكي عن المفيد والديلمي والحلي فجوزوا الرجوع بها ، بل ظاهر تعليلهم أنه لا أثر لها أصلاً ، فضلاً عن جواز الرجوع بها ، لعدم حق للورثة حال الحياة حتى يكون إسقاطه مجدياً ، فهو كإسقاط المرأة صداقها قبل التزويج والشفيع قبل البيع ، ولأنه لو جازت إجازتهم لجاز ردّهم بحيث لا يلزمون لو أجازوا بعد الموت ، والتالي باطل ، فالمقدم مثله ، وفيهما - بعد التسليم - أنه اجتهد في مقابلة النص ، وقياس لا نقول به ، بل مع الفارق كما هو واضح . ولو أجاز البعض نفذ في حصته ويعتبر في المميز جواز التصرف ، فلا عبرة بإجازة الصبي والمجنون ، أما المفلس فقد يتجه نفوذ إجازته حال الحياة ، إذ لا ملك له حينئذ وإثماً إجازته تنفيذ لتصرف الموصى ، وأما بعد الموت ففي صحتها وجهان مبنيان على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت ، وبالإجازة تنتقل عنه إلى الموصى له ، أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت ، فعلى الأول لا تنفذ ، لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة ، وعلى الثاني احتمال الأمران ، ولعل الأقوى منهما النفوذ ، خصوصاً على ما هو الظاهر من الفتاوى ، من كون ذلك تنفيذاً من الوارث لتصرف الموصى ، لأنه يكون هو المتصرف على معنى أنه هو الواهب والمعتق والواقف مثلاً ، وإن احتمله بعضهم ، لكن لا ريب في ضعفه ، سيما في حال الحياة بل والموت ضرورة اقتضاء الإجازة منه لفعل الموصى ، عدم الدخول في ملكه بالموت ، كما هو مقتضى الوصية التي هي سبب لذلك مع الإجازة ، وكذا الكلام في المنجزات إذا زادت عن الثلث ، بناء على أنها كالوصية في الخروج منه ، وهذا حديث إجمالي ذكرناه تبعاً لذكر المصنف حكم الوصية للمريض توطئة لذكر منجزاته ، إذ لا فرق بين المريض

(١) (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١ - .

والصحيح في حكم الوصية ، وإنما الفرق بينهما في المنجزات عند جماعة ، وهو الذي أشار إليه المصنف بقوله :

﴿ وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا ﴾ فخيرة الكليني ، والصدوق ، والشيخين ، والسيد بن ، والقاضي ، وابن ادریس والبراج ، وسعيد ، والاي ، والأردبيلي ، والخراساني ، والحرّ العاملي ، والطباطبائي وصاحب الرياض ، على ما حكى عن بعضهم عدم المنع ، وأنها من الأصل كالصحيح ، بل عن كشف الرموز نسبته إلى الأكثر ، وفي الرياض أنه المشهورين القدماء ظاهراً بل لعله لاشبهة فيه ، بل في هبة الانتصار ، والغنية الاجماع عليه ، للأصل بمعنييه ، وقاعدة التسلط وحسن - أبي شعيب ^(١) المحاملي - بابراهيم - عن أبي عبدالله عليه السلام إلا أنسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه ، وموثق الساباطي ^(٢) عنه أيضاً « الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به ، فإن قال : بعدى فليس له إلا الثلث » وموثقه الآخر « الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز » وخبره الثالث ^(٣) : عنه أيضاً « صاحب المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء » وموثقه الرابع : ^(٤) عنه أيضاً « قال له : الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به ؟ قال : نعم ، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث » وموثقه الخامس : ^(٥) عنه أيضاً في الرجل يجعل ماله لرجل في مرضه فقال : « إذا أباه جاز » وخبر سماعه ^(٦) قال له أيضاً الرجل له الولد يسمه أن يجعل ماله لقريبه ؟ قال : هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت ، ونحوه خبر أبي بصير ^(٧) وزاد أن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حياً أن شاء وهبه وإن شاء تصدق به ، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت ، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث ، إلا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ، ولا يضر بورثته .

(١) الوسائل الباب ١٧ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ٨ - .

(٢) (٣) الوسائل الباب ١١ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ١٢ - ١٩ - .

(٣) (٤) الوسائل الباب ١٧ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ٧ - ١٠ - .

(٤) (٥) (٦) (٧) الوسائل الباب ١٧ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ١ - ٢ - .

ومرسل مرآزم^(١) عنه أيضاً في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه قال : إن أبان به فهو جائز ، وإن أوصى به فهو من الثلث .
ومرسل الكليني^(٢) عن النبي ﷺ أنه عاب رجلاً من الأنصار أعتق مماليكه لم يكن له غيرهم ، فقال ترك صبية صفاراً يتكفون الناس ، بل رواه الصدوق مسنداً^(٣) ، إلى جعفر بن محمد^(٤) وفيه فاعتقهم عند موته ، والضعف فيه سنداً أو دلالة منجبر بما عرفت ، مضافاً إلى كونها مخالفة للمحكي عن جميع العامة التي جعل الله الرشد في خلافها ، وإلى تأييدها بالسيرة المستمرة على عدم امتناع المريض أيام مرضه عن تبرعاته مع زيادتها عن الثلث ، وعلى عدم ضبطها بطومار ونحوه ، وعلى المنع الغير له ، ولا الضبط عليه .

لكن ﴿و﴾ مع ذلك كله فـ ﴿الوجه المنع﴾ من التبرع بالزائد فلا ينفذ على الورثة إلا مع إجازتهم ، وفاقاً للفاضل والشهيدين والكركي والمحكي عن الصدوق وأبي علي والشيخ في المبسوط ، وغيرهم ، بل نسبة غير واحد إلى عامة المتأخرين بل في المسالك نسبته إلى الأكثر وسائر المتأخرين بل ربما حكى عن الشيخ في باب العتق ما يقتضي أنه المعروف بيننا .

وفي المفاتيح أن الأخبار به أكثر وأشهر ، وفي جامع المقاصد قد دلت عليه صحاح الأخبار ، وفي موضع آخر منه أن النصوص به متواترة ، وهو كالأجاء المنقول في الحجة ، خصوصاً بعد شهادة التتبع له .

إذ في خبر أبي حمزة^(٥) عن أحدهما^(٦) أن الله تبارك وتعالى يقول يا بن آدم تطولت عليك ثلاث سترت عليك ما لم يعلم به أهلك ما داروك ، وأوسعت عليك فاستقرضت منك عليك فلم تقدم خيراً ، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيراً .
وصحيح^(٧) يعقوب بن شعيب «سألت أبا عبد الله عليه السلام الرجل يموت ماله من ماله؟

(١) (٣٠٢١) الوسائل الباب ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦-٩ وذيله .

(٢) (٤) الوسائل الباب ٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث .

(٣) (٥) الوسائل الباب ١٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - في ذيل الحديث ٢-.

فقال : له ثلث ماله .

ونحوه خبر أبي بصير^(١) وخبر عبدالله بن سنان^(٢) عن الصادق عليه السلام للرجل عند موته ثلث ماله ، وإن لم يوص فليس على الورثة امضاءه .
وصحيح علي بن يقطين^(٣) سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته قال : الثلث والثلث كثير .

وذيل خبر الملا^(٤) عن الصادق عليه السلام الذي تسمعه في مسألة الافراد الوارد في المرأة التي أودعت عند رجل مالا قال فيه : « إنما لها من ماله ثلثه ، بل في غيره نحو ذلك أيضاً .

وخبر علي بن عقبة^(٥) عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره ، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء منه قال : ما يعتق منه إلا ثلثه ، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ، ولهم ما بقي ، ونحوه خبر عقبة بن خالد^(٦) .
وخبر أبي بصير^(٧) عن الصادق عليه السلام « إن أعتق رجل عند موته خادماً له ، ثم أوصى بوصية أخرى ألغيت الوصية ، وأعتقت الجارية من ثلثه ، إلا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصية » .

وخبر أبي ولاد^(٨) سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبره منه في مرضها ؟ قال : بل تهبه له فتجاوز هبتها له ويحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً .

ونحوه خبر سماعة^(٩) وخبر جراح المدائني^(١٠) سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية

(١) (٣٢١) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢ - ٧ - ٨ - .

(٢) (٤) الوسائل الباب ١٦ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢ - .

(٣) (٥) الوسائل الباب ١١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٣ - .

(٤) (٦) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٣ - .

(٥) (٨) (٧) الوسائل الباب ١١ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦ - ١١ - .

(٦) (٩) (١٠) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٦ - ١٣ - .

الوالد لولده ببيئته ؟ قال : إنا أعطاه في ضجته جاز .
 وخبر سماعة^(١) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عطية الوالد لولده ؟ فقال أما إنا كان
 صحيحاً فهو ماله يصنع به ما شاء ، فأما في مرضه فلا يصلح .
 وصحيح الحلبي^(٢) سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق
 أو بعضه فتبرؤه منه في مرضها ؟ فقال : لا .
 وخبر السكوني^(٣) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « أن رجلاً أعتق عبداً له عند موته
 لم يكن له مال غيره ؟ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول يستسمى في ثلثي قيمته للورثة .
 بل وخبره الآخر^(٤) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أيضاً « أنه كان يرد النحلة
 في الوصية وما أقربه عند موته ، بلا ثبت ولا يئنه رده ، بناءً على أن المراد منه ردّ
 العطية إلى الوصية في الخروج من الثلث ، بل لعل الظاهر منه والمرسل في جامع المقاصد
 وغيره المريض مجبور عليه إلا في ثلثة ، والخبر العامي^(٥) المروي في المسالك عن صحاح
 الجمهور بل قال : إنه أجود ما في الباب متناً وسنداً ، ومن ادعى خلاف ذلك فالسيرة تردّ دعواه ،
 وعليها اقتصر ابن الجنيد في كتابه الاحمدى « وهو أن رجلاً من الانصار أعتق ستة أعبده
 في مرضه ، ولأمال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وجزاهم ثلاثة أجزاء وأقرع
 بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة » .
 وخبر اسماعيل بن همام^(٦) عن أبي الحسن عليه السلام « في رجل أوصى عند موته بمال
 لذوي قرابته ، وأعتق مملوكاً ، وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع به
 في وصيته ؟ قال : يبدأ بالعتق فينفذه ، ضرورة ظهور قوله « يبدأ » في إرادة الانفاذ من
 الثلث ، ومنه يعلم إرادة ما يشمل المنجز من الوصية ، وإلا فلا وجه لتقديم العتق لو

(٢٩١) المصدر نفسه

(٣) الوسائل الباب ٤٤ - من ابواب العتق الحديث - ٥ - .

(٤) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام الوصايا الحديث - ١٢ - .

(٥) المستدرج ج-٢ ص ٥٢١ عن حوالى التالى سنن النسائي باب الجنائز ج-٢ ص ٥٢ .

طبع مصطفى الباقى العلى و اولاده بمصر .

(٦) الوسائل الباب ٤٧ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ٢-٣ .

فرض كونه وصية ، بل ينبغي تقديم المقدم منهما .

بل منه يظهر حينئذ أن إطلاق «أخرى» في خبر أبي بصير^(١) المتقدم سابقاً باعتبار سبق التنجيز الذي يطلق عليه الوصية بشهادة الخبر المزبور الموافق له في المضمون ، وصحيح ابن الحجاج^(٢) إلا أني ، لا أن المراد من أعتق فيه أوصى فلا يكون دالاً على المطلوب .

كما أن منه يظهر الاستدلال بصحيح محمد بن مسلم^(٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : يمتضي عتق الغلام ويكون النقصان في ما بقي » إذ الظاهر إرادة كون مجموع التنجيز والوصية أكثر من الثلث ، فأجابه عليه السلام بمتضي العتق ، وأن النقصان الذي في الثلث يكون في الوصية ، كما هو واضح .

بل منه يعلم الاستدلال بحسنه^(٤) عنه أيضاً « في رجل أوصى بأكثر من ثلثه ، وأعتق مملوكه في مرضه فقال : إن كان أكثر من الثلث ، يرد إلى الثلث ، وجاز العتق » إذ الظاهر إرادة جوازه منه لامن الأصل ، إذ حمل الواو فيه على الاستيناف خلاف الأصل فيها ، فيكون المجموع حينئذ هو جواب الشرط كما هو الظاهر خصوصاً بعد ملاحظة أن كلامهم عليه السلام جميعاً بمنزلة كلام واحد ، يفسر بعضه بعضاً ، وخصوصاً مع تقارب السؤال والجواب في هذه النصوص ، واتحاد الراوي في الخبرين ، فمن الغريب استدلال بعضهم بهما على الأول ، حتى ادعى صراحة الثاني منهما ، وأنه غير قابل للتأويل ، مع أنه لو اغضينا النظر عما ذكرنا ، لم يكن فيه دلالة على الجواز من الأصل كما هو واضح .

وموثق الحسن بن الجهم^(٥) «سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكاً

(١) المصدد نفسه .

(٢) الوسائل الباب ٣٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٥- .

(٣) الوسائل الباب ٦٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١-٤- .

(٤) الوسائل الباب ٣٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٤-٥- مع اختلاف .

وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمائة و عليه دين ثلاثمائة درهم ، ولم يترك شيئاً غيره قال : يعتق منه سدسه ، لأنه إنما له منه ثلاثمائة درهم ويقضى عنه ثلاثمائة درهم ، وله من الثلاثمائة درهم ثلثها ، وله السدس من الجميع ، الذي يشهد بصحته .

صحیح عبدالرحمان بن الحجاج^(١) بل هو فيه دلالة على المطلوب أيضاً وغيره فلا بأس بنقله على طوله قال : سألتني أبو عبد الله عليه السلام يختلف ابن أبي ليلى و ابن شبرمه ؟ فقلت : بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً و ترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم ، فأعتقهم عند الموت فساألها عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمه أرى أن تستسيحهم في قيمتهم ، فتدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته ، وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء ، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمه يده إلى السماء وقال : سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت بهذا القول ؟ والله ما قلته إلا طلب خلافي .

فقال أبو عبد الله عليه السلام : فمن رأى أيتهما صدر ؟ قال : قلت بلغني أنه أخذ برأى ابن أبي ليلى و كان له في ذلك هوى ، فباعهم وقضى دينه ، فقال : فمع أيتهما من قبلكم ؟ فقلت : مع ابن شبرمه ، ورجع ابن أبي ليلى إلى رأي ابن شبرمه بعد ذلك . فقال : أما والله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى ، وإن كان قد رجع عنه ، فقلت له : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايستني قلت : أنا أقايسك فقال : لتقولن بأشد ما تدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالا غيره ، وقيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه خمسمائة درهم ، فأعتقه عند الموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمس مائة درهم ويأخذ الورثة مائة درهم ، فقلت : أليس قد بقي من قيمة العبد مائة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه ؟ قال : إن العبد لا وصية له ، إنما ماله طوالية ، فقلت له : فإن كان قيمة العبد ستمائة درهم ، ودينه أربع مائة

درهم فقال : كذلك يباع العبد ، فيأخذ الغرماء أربعمئة درهم ويأخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد شيء .

قلت : فإن قيمة العبد ستمئة درهم ودينه ثلاثمئة درهم ، فضحك عليه السلام فقال : من هنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئاً واحداً ، ولم يعلموا السنة إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة ، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ، لم يتهم الرجل على وصيته ، واجيزت وصيته على وجهها ، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء ، ويكون ثلثه للورثة و يكون له السدس .

إذ ذيله صريح في نفوذ العتق المنجز في الثلث ، لا الأصل ، وإلا كان نصفه حرّاً ، واحتمال أنه في الوصية ، لا المنجز المقطوع بفساده ، أو كالمقطوع كما اعترف به . في الرياض ، خصوصاً بعد ملاحظة كلام الأصحاب في حكم مضمونه فإنه صريح في ارادة التنجيز منه أو الاعم منه ومن الوصية ، بل جزم الشهيد الثاني بالأوّل ، وإن خالفه فيه في الرياض ، ومال منه إلى تعدية الحكم المزبور إلى الوصية وفقاً للمحكي عن الشيخ ، وهو لا يخلو من وجه ، وأولى منه التعدية إلى غير العتق من المنجزات كالهبة والوقف ونحوهما .

وعلى كل حال فهو ظاهر الدلالة على المطلوب ، بل صدر المقايسة فيه واضح الدلالة على معلومية أن ليس له في التنجيز ، إلا الثلث ، كوضوح إرادته عليه السلام من قوله أخيراً « وصيته » التنجيز بشهادة المحكي من عمل كثير من الأصحاب به فيه ، حتى بعض القائلين بأن المنجزات من الأصل ، كالمفيد ، والقاضي ، والشيخ ، وما في المسالك من أن أكثر المتأخرين ردوه لمخالفته القواعد المقررة - حسن لو قصرت الرواية عن الصحة ، أو لم يجز تخصيص العمومات القطعية بالأحاد ، لكنه خلاف التحقيق ، خصوصاً بعد تعدد الصحاح وصراحتها ، وترجيح الأصول بالشهرة فرع ثبوتها ، ففي الرياض لم أتحققها ، ولا وقت على متصدّ لنقلها عداء ، وإنما حكى الخلاف عن العلامة خاصة ، ولم أقف على من تبعه غيره ، وبعض ممن سبقه .

نعم ردّه ابن ادريس وأنفذ العتق من الأصل ، وأسقط الدين من رأس ، ولا ريب

في ضعفه ، بل هو اجتهد في مقابل النص ، وأصحابه الموافقون له في كون المنجزات من الأصل لا يوافقونه فيما إذا زاحم التنجيز الدين ، بل يخصّونه بالنسبة إلى الورثة ، وإلا كانوا محجوجين بهذا الصحيح وغيره ، بل لعل مقابله بالقول بالخروج من الثلث المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين تشهد بعدم المزاحمة المزبورة .

وعلى كل حال فلا ريب في دلالة الصحيح المزبور على المطلوب ، بل منه ينقذ الاستدلال بصحيح جميل^(١) أيضاً المروي في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أعتق مملوكه عند موته ، وعليه دين فقال: إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه ، وإلا لم يجز ، ويحتمل ثنية مثل الثانية كما عن نسخة من الفقيه ، وحينئذ يكون الواو فيه بمعنى أوفوا فاق الصحيح المزبور ، وعن الكليني أنه رواه عن جميل عن زرارة فيمكن أن يكون خبراً آخر .

وعلى كل حال فهو دال على المطلوب بعد ارادة الجواز فيه على النحو المذكور في خبري ابني الجهم والحجاج كما هو واضح .

وفي دعائم الاسلام^(٢) «وقد جاء عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه قال في العطية للوارث والهبية في المرض الذي يموت فيه المعطي والواهب: إنها غير جائزة» وفي محكي الهداية وسئل أي الصادق عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكه لئلا يترك له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا لك قال : ما يعتق منه إلا ثلثه .

وقد ظهر ذلك من ذلك كله أنه لا غرابة في دعوى تواتر النصوص به خصوصاً إذا أريد منها القطع به منها ، لا التواتر المصطلح ، فإنه غير عزيز ، بل لعل الغرابة من عدمه ، كما لا يخفى على من لاحظها وغيرها مما دل على عدم الاضرار بالوارث الذي هو الحكمة أو العلة في حجب الوصية عليه بالزائد ، ولاحظ نصوص الاقرار^(٣) الآتية التي بعضها

(١) الوسائل الباب ٣٩ من ابواب احكام الوصايا الحديث ٦ .

(٢) دعائم الاسلام ج ٢ ص ٣٥٩ .

(٣) الوسائل الباب ١٦- من ابواب احكام الوصايا .

يظهر منه معلومية انحصار الامر على المريض لو أراد حرمان الوارث ، وأنه لا طريق له إلا الإقرار الذي ستعرف علاج الشارع له بالتهمة و عدمها ، و غيرها من النصوص^(١) التي في بعضها ما يظهر منها مرجوحية ذلك في حال الصحة .

بل في سؤال هذا البعض دلالة واضحة على معلومية الفرق بين حالي الصحة والمرض بالنسبة إلى النفوذ من الاصل و عدمه ، و غير ذلك خصوصاً اختلال حكمة حصر الوصية في الثلث ، ضرورة التجاء كل من يريد حرمان الورثة حينئذ أو بعضهم عند حضور موته إلى التنجيز .

وأغرب شيء حمل هذه النصوص الكثيرة على التقية التي مع عدم قابلية البعض لها يمكن القطع بعدمها في مثل هذه النصوص التي رواها من البطانة ، بل لا يخفى على من مارس أخبارهم عليه السلام أن عاداتهم الاشارة في نصوص التقية إليها ، بذكر لفظ الناس ونحوه ، بل قد يقطع بعدمه في خصوص المقام ، إذ لو كان الحكم مخالفاً للعامة عندنا لكان في جملة من النصوص اشارة إلى الانكار عليهم ، و إلى بيان بطلان ما هم عليه ، و مخالفتهم الكتاب أو السنة ، كما هي عاداتهم ، بل لكان ذلك معروفاً بين أصحابهم نحو غيرها من المسائل العظيمة العامة ، إلى غير ذلك مما يعلم به عدم خروج النصوص مخرج التقية .

وأغرب من ذلك ، ما في المسالك - فإنه بعد ما اورد منها صحيح ابن يقطين ، وشعيب ، وأخبار ابن عقبة ، وأبي اولاد ، والحسن بن الجهم ، والخير العامي دليلاً للثلث ، ناقش فيها بأنه لا دلالة في الصحيحين اللذين هما العمدة على المطلوب الذي هو قبل الموت ، بل صحيح يعقوب منهما صريح فيما بعد الموت ، كما أن الخبر الثاني باعتبار كون « عند » من ظروف المكان المقتضية للمصاحبة دلالة على الوصية ، أقوى ، بل يمكن ذلك في خبر ابن عقبة ، إذ حضور الموت مانع من مباشرة العتق فيرا دمنه حينئذ الوصية و تكون النسبة إليه باعتبار أنه السبب الأقوى في الوصية ، على أنه في العتق خاصة ، وكذا الكلام في خبر ابن الجهم ، أما خبر أبي ولاد فاشتمال على

(١) الوسائل الباب - ٤٢ - من ابواب الصدقة والباب - ١٧ - من ابواب احكام الوصايا

ما يخالف المجمع عليه من صحة الإبراء دون الهبة يمنع من الاستدلال به ، مضافاً إلى اشتراك الجميع في ضعف السند عند الصحيحين .

أنهي كما ترى ، ضرورة كون المراد من الصحيحين : بقرينة غيرهما مما ذكرنا وما لم تذكره الاشراف على الموت ، و دعوى سراحة صحيح يعقوب فيما بعد الموت واضحة الفساد ، إذ ليس للميت بعد الموت شيء إذا لم يوص به ، بل لا ريب في كون المراد منه خصوصاً بعد كونه كمدان غير مما لا يقبل ذلك مجاز المشاركة الذي كشف عنه باقي النصوص بلفظ عند ، وحضر ، وأتاه الموت ونحوه ، كما هو واضح بأدبي تأمل . ومنه يعلم فساد المناقشة في خبري ابن الجهم وعلي بن عقبة ، و أما خبر ابن أبي ولاد المعتضد بغيره مما عرفت فلا يقدح في الاستدلال به على المطلوب اشتمالاً على غيره مما لا نقول به ، خصوصاً بعد منع بطلان هبة ما في النعمة التي مرجعها إلى الإبراء ، بل قد يقال : بكون المراد منه الترقى إلى جواز الهبة ، على معنى أنه لو وهبته شيئاً جاز ويحسب من الثلث ، فضلاً عن الإبراء الذي هو أولى بالجواز .

وبالجملة من أحاط خبراً بما ذكرناه من النصوص وتدبرها وتدبر إعتماد بعضها ببعض ، يقطع بفساد هذه المناقشة ، كما أنه يقطع بفسادها من حيث السند ، إذ لا تبين أعظم من هذا الاعتقاد ، وعمل من عرفت بها ، على أن فيها الصحيح ، والموثق ، والحسن ، بل قد عرفت استغنائها عن النظر في أسانيد يبلوغها درجة القطع ، كما لا يخفى على من أعطاه الله قوةً حدس في كلماتهم عليه السلام .

و أخرف شيء قوله « إن أجود ما في هذا الباب الخبر العامي سنداً و دلالة ، ومن ادعى خلاف ذلك فالسيرة تردّه » ، إذ قد عرفت مما ذكرنا أن غيره من النصوص أوضح ، كما هو ظاهر كل ذلك ، مضافاً إلى ما في نصوص الأصل من قلة العدد وقصور السند واتحاد الراوي في كثير منها ، و كونها مطلقة قابلة للتقييد بغيرها ، إذ ليس في حسن المحاملي وما كان نحوه ^(١) سراحة في شمول الحقيقة للتنجيز ، فيمكن حملها على غيره ، بل محتمل لإرادة الثلث خصوصاً إذا قرء بفتح اللام ولوحظ ما دلّ

(١) الوسائل الباب ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٨-٣-٧- وغيره .

من النصوص على أن الذي له عند الموت - الثالث - بل قد يعين ذلك قوله في موثق
 عمار ^(١) «إذا أوصى به كله فهو جائز» إذ لم يقل أحد بنفوذ الوصية من الأصل عدما
 سمعته من على بن بابويه ، و احتمال إرادة خصوص التنجيز منها - لا الوصية شرعاً ،
 ولا الأعم منها و من التنجيز - لاشاهد له ، وليس بأولى من الاحتمال الذي ذكرنا ،
 بل منه يعلم المراد من باقي نصوص عمار المتقاربة في المذاق مع اتحاد الراي فيها ،
 والموجود في نسخة الأصل في الوسائل والوافي ، عن الكافي «فإن تعدى فليس له إلا
 الثلث» ومعناه أنه إن تجاوز و تعدى في الوصية بالزائد أو التنجيز فلا يعضى منه
 إلا الثلث .

وظني والله أعلم أن الرواية كذلك ، إلا أنه لما صعب فهم ذلك على بعض الناس
 صحفها بلفظ بعد بالباء الموحدة ثم اضاف اليها لفظ قال ، على أن اختلاف النسخ
 يسقط الخبر عن الحجية إذ لم يعلم الخبر منهما ، ورواية الشيخ له «فإن أوصى» عن
 الكافي ، بعد ذلك الاختلاف في النسخ - غير مجد .

ومع الاغضاء عن ذلك كله فهو مطلق مقيد بالنصوص السابقة كغيره من نصوص
 عمار حتى الرابع منها ، فإن الابانة أعم من التبرع ، بل والخامس الذي لم يعلم
 المرض فيه أنه مما يخرج به التنجيز من الثلث أو الأصل ، لما ستعرف من أنه ليس كل
 مرض يقضى بالتنجيز من الثلث مع اجمال لفظ الابانة فيه و في غيره ، وإن قيل إن
 المراد منها انفصاله عنه وتسليمه له ، إلا أنه كما ترى خصوصاً بعدم معلومية عدم اشتراط
 ذلك ، فإن الهبة مشاعاً مع الاقباض لا بأس بها أيضاً ، بل يمكن كون المراد من الابانة
 الاظهار على وجه يحصل العلم بعدم رد الورثة باجازتهم ، ورضاهم قتال .

و أما خبر سماعة فيمكن أن يكون المراد من إثبات الموت فيه ما تضمنه
 نصوص الثلث، ^(٢) من حضور الموت وإتيانه وعند موته ونحوها ، فلا يكون حينئذ منافياً .

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ٥ - .

(٢) الوسائل الباب - ١١ - من ابواب احكام الوصايا .

على أنه عام يخصّ بالنصوص السابقة وكذا خبر أبي بصير،^(١) وقوله فيه «فإن أوصى» - إلى آخره - غير مناف، لا يمكن إرادة بيان أن الوصية على كل حال تخرج من الثلث، بخلاف غيرها، فإنه يخرج من الأصل قبل إتيان الموت.

ومرسل مرآزم^(٢) محتمل لبعض ما ذكرنا، مع أن كشف الحال فيه وفي غيره أن نقول إن المستفاد من نصوص الثلث - بعد ملاحظة الجمع بين مطلقها ومقيدها خصوصاً مفهوم خبر أبي بصير القاضي بعدم خروج العتق من الثلث إذا لم يكن عند الموت، وملاحظة أصالة خروج التصرف من الأصل - عدم العبرة بمطلق المرض الذي منه ما يستمرّ السنين المتعددة المقطوع بالسيرة القطعية عدم خروج منجزاته فيه من الثلث قبل بلوغه ما يتحقق به صدق حضور الموت وإتيانه ونحوهما، وكذا المرض الذي هو كعدم المرض عرفاً، وإن اتفق مقارنة الموت له بحيث لا يظهر كونه به.

ولما المدار على المرض الذي يصدق عليه عرفاً أنه حضره الموت وأتاه ونحو ذلك، وإن بقي أياً بل وأكثر من ذلك، فإنه ليس له حدّ جامع لأفراده إلا أن العرف واف بتفقيح كثير من مصاديقه كثير من الأمور التي ترجع إليه، ومع الشك فالأصل الخروج من الأصل، كما أنه هو الأصل في غير المرض، وإن خيف به الموت أو ظن أو علم كالفرق والمرامة ونحوها، بل قيل: والطلاق.

وكيف كان فما في القواعد - وغيرها من أنه مطلق المرض الذي يتفق الموت معه، سواء كان مخوفاً أولاً - لاتساعد عليه الأدلة، خصوصاً ما يظهر من إطلاقه من اتفاق الموت معه، ولو بغيره كقتل ونحوه، أللهم إلا أن يقطع بعدم إرادته ما يشمل ذلك.

بل وكذا ما يحكى عن الشيخ من أن المدار فيه على المرض المخوف، واختاره في جامع المقاصد، حتى أنهم احتاجوا إلى معرفة كونه مخوفاً، وذكروا فيه أنه لا بد من شهادة عدلين من الأطباء الذين هم أهل الخبرة في ذلك، بل في جامع المقاصد «أنه لو حصل الظن القوي بصدق قول من لم يكن عدلاً منهم أو كان واحداً ففي

الحكم إشكال ، ثم حكى عن التذكرة الجزم بعدم قبول رجل وامرأتين أو شاهدوين واحتمال قبول النساء إذا كان المتبرع امرأة ولم يطلع عليها غير النساء ، إلى غير ذلك ممّا فرغوه على ذلك ، وأطنبوا فيه في باب الوصاية ، وتعرضوا للكثير من الأمراض وأحوالها ، إذ لا يخفى عليك أنه ليس في شيء من النصوص تعليق الحكم على المخوف كى يتجه له هذا البحث عنه ، بل من الواضح ظهور النصوص في دوران الحكم على حال لا يحتاج تحقيقها عرفاً إلى امثال ذلك ، لكونها من الواضحات كما هو ظاهر عند كل من تدبرها ، فلا ريب في أن الأقوى ما ذكرناه .

و منه يعلم أن مرسل مرآزم وغيره غير منافي لنصوص الثلث ، ضرورة كونه مطلقاً بالنسبة إلى ذلك فيقتد بها ، كما أنه وغيره أيضاً مطلق بالنسبة إلى العطية ، فيقتدأ بها إذ التحقيق أن محل البحث التبرع بالمال ، ولو بالمنفعة والدين على وجه يضر بالوارث ، بل وحق التحجير وحريم الملك ، كما صرح به في جامع المقاصد من دون قصد عوض ديوى ، ولو حفظ عرضه ، أو حفظ ماله ، أو نفسه أو من يعول به ، أو نحو ذلك .

بل لعل الصدقة المندوبة المراد منها السلامة منه ، ضرورة عدم التعليق على مطلق التنجيز في شيء من نصوص الثلث ، بل لأثر لهذا اللفظ في مطلق النصوص ، وإنما الموجود منها عتق وإبراء وعطية ونحو ذلك ، مما لاشمول له ، وليس المراد من نصوص - أن ليس له إلا ثلثه - سوى بيان أن الثلث هو الذي له التصرف فيه بكل حال ، بوصية وتنجيز وغيرهما ، بخلاف غيره ، فإنه ليس بهذا الحال ، وكذا مرسل جامع المقاصد الذي لم نعر عليه في كتب الأخبار .

فمن الغريب ما في المسالك من الركون إليه هنا حتى احتاجوا إلى تنقيح دلالاته بدعوى أن المعروف للعموم مطلقاً أو في خصوص نحو المقام ، مع أن في المسالك لم يذكره في أدلة الثلث وعلى كل حال فهو مقيد أيضاً بما عرفت من المفهوم المؤيد بأشعار غيره ، وحينئذ فكل ما لم يحصل إجماع على عدم الفرق بينه وبين ما تضمنته النصوص السابقة نحو ما يبذله على نفسه وعياله ولولزيادة الرفاهية من أكل وتزويج وغيرهما

وان لم يكن من عادته بعد أن يكون بثمن المثل ، و على حفظ عرضه أو مصانعة ظالم أو إكرام ضيف أو غير ذلك ، يبقى على أصل الخروج من الأصل المؤيد هنا بالسيرة المستمرة ، والخرج وغيرهما .

وبه يعرف ما في الذي ذكره أخيراً القائلون بالأصل كما أن منه يعرف ما في تحديد الفاضل في القواعد للتبرع المبحوث عنه من أنه إزالة الملك عن عين مملوكة يجري الارث فيها من غير لزوم ولا أخذ عوض بمائلها ، إذ بعد وجوب تنزيل المثل فيه على المكافئ - ليخرج التزويج بثمن المثل بل يمكن أن يريد به ما قلناه ، فيسلم من بعض ما ذكرنا -

فيه أولاً الاقتصاد على العين ، مع أن في جامع المقاصد عدداً العارية من التبرعات وإن كان لا يخلو من اشكال أو منع ، كإيراده عليه بأنه صادق على الإزالة بالاتلاف ، مع أنها ليست من التبرعات ؛

وثانياً أنه لا يتصور فائدة لقوله يجري فيها الارث ، بعد ظهور المقام في إرادة الملك للمزيل ، إذ لا يتصور إزالة الملك عن عين مملوكة لا يجري فيها الارث ، و يعد تبرعاً كما اعترف به في جامع المقاصد ، قال : « إذ ما لا يجري فيه الارث من الاموال الوقف ، فأزالة الملك فيه إنما تكون بالاتلاف ، وليس مما نحن فيه » .

وثالثاً يرد على قوله من غير لزوم إزالة الملك اللازمة بالنذر ، فإن فيه من التلث على ما جزم به المحقق الثاني ، ولو قيل الإزالة هنا بالنذر وليس إيقاعه لازماً قلنا بل الإزالة في مثل ما لو نذر عيناً مخصوصة تكون بالدفع ، على أن النذر بالكلية لا إزالة ملك عين فيه ، فيرد على التعريف حينئذ من وجه آخر ، واحتمال أنه من الاصل حينئذ كما لو أتلّف مال غيره مثلاً عمداً يدفعه - مضافاً إلى أنه خلاف الغرض وضوح الفرق بينه وبين الاتلاف المنتحل إلى المعاوضة بعد إيجاد سببه ، فليس من التبرع في شيء قطعاً .

وكيف كان فالضابط فيه ما ذكرنا ، ولعلّ يرجع إليه ما في المسالك فمن أنها ما استلزمته تفويت المال على الوارث بغير عوض ، بناء على إرادة ما يشمل ما قدمناه

من العوض والمال .

و على كل حال لا يدخل فيه تزويج المرأة نفسها ولو باقل من مهر المثل ، ولا إعتاق الأب قهراً إذا قبل اتها به في المرض ، ولا إجارة نفسه بأقل من ثمن المثل ، وإن قلنا بكون المحابة في غيره من التبرعات ، إلى غير ذلك مما هو غير داخل في الأدلة ، ولا إجماع على الحاقه فيبقى على الأصل ، وهذا حديث إجمالي قضت الحاجة باتيانها هنا لبيان عدم صراحة هذه النصوص ، وانها مطلقة قابلة للتقييد ، وإن اشتملت على العطية ونحوها .

و أما خبر الاضاري^(١) الذي عابه رسول الله ﷺ فقد عرفت أنه ليس فيما رواه في الكافي «عند موته» فهو مطلق حينئذ ، وإنما رواه كذلك في الفقيه ، ويمكن أن تكون الاعابة على الثلث أيضاً ، لمعلومية استحباب الوصية بالأقل من الربع و الخمس ، حتى ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام^(٢) ما يقتضي مساواة الاضرار في الورثة بذلك للسرقة ، خصوصاً مع كون المفروض في الخبر أنه ليس له غيرهم ، وأنه ترك صبية صغاراً يتكففون الناس و من هنا قال رسول الله ﷺ «لو حضرته ما تركتكم تدفنونه في مقبرة المسلمين» .

فقد بان لك بحمد الله و فضله أنه لا مجال للقول بالأصل ، وأنه لا ينبغي للفقيه أن يعدل القول بالثلث ، واستبعاده بأنه لو برء المريض من ذلك المرض صح من الأصل إجماعاً يدفعه أنه لا مانع من التزام الكشف به ، حينئذ كالفضولي ، وأطرف شيء ما وقع لفاضل الرياض في المقام ، حيث ذكر أنه في زمنه السابق قد صنف رسالة في المسألة قد اختلف فيها الخروج من الثلث ، ثم اعتد من ذلك بأنه قد كان في غفلة من إجماعي المرتضى و ابن زهرة ، فرجع عنه ، ولم يعلم أنهما بعد إعراض المتأخرين عنهما .

(١) الوسائل الباب ١٧- من أبواب احكام الوصايا الحديث ٩- فروع الكافي

ج ٢ ص ٢٣٦ .

(٢) الوسائل الباب ٥- من أبواب احكام الوصايا الحديث ١- .

بل لم يثبت كون شهرة المتقدمين عليهما ، إذ بعض من نسب إليه ذلك كابن حمزة قد تحققنا خلافه في وسيلته ، وبعضهم له قولان في المسألة ، و آخر لاصراحة في كلامه كالكليني ، فإنه إنما عنوان الباب بلفظ نصوص عمار التي قد عرفت عدم صحتها في المطلوب ، بل قد سمعت أن الشيخ ربما حكى عنه ما يقضي بأن المعروف بين الاصحاب في ذلك الزمان القول بالثالث - لا يقاومان ما سمعته من الأدلة ، خصوصاً بعد احتمال أوطن أو قطع كون المراد منهما الاجماع على قاعدة التسلط على المال ، لا خصوص ما نحن فيه ، كما أشار اليه ابن ادريس في استدلاله على الأصل ، بأنه لاخلاف في أن للانسان التصرف في ماله كيف شاء ، وحينئذ فمرجه إلى العام المخصوص ، أو المطلق المقيد بما عرفت مما قدمناه كله .

مضافاً إلى نصوص الاقرار المتضمنة لنفوذه من الثالث مع التهمة ، وبدونها من الأصل ، ولولا تعلق حق الوارث في الجملة بحيث لا يعمضي الاقرار عليه ، لم يكن وجه للنفوذ من الثالث ، ولا ينافيه النفوذ من الاصل مع عدم التهمة ، إذ لعله تعلق لا يمنع من الاقرار مع عدم التهمة ، فإن تعلق الحقوق بالنسبة إلى ذلك مختلف ، إذ قد عرفت عدم منع تعلق حق الغرماء من الاقرار بالدين السابق في المفلس عند المصنف وغيره .

وعلى كل حال فلا ينكر ظهور هذه النصوص في تعلق حق للورثة في الجملة بالتركة حال المرض ، و هو لا يتم إلا على ما ذكرنا . نعم هي مختلفة جداً ، والجمع بينها بالتفصيل المزبور المنسوب إلى الأكثر .

ففي خبر منصور بن حازم ^(١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً ، فقال : إن كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له » و نحوه خبر أبي أيوب ^(٢) عنه أيضاً .

وفي خبر الملا يباع السابري ^(٣) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلاً مالاً ، فلما حضرتها الموت ، قالت له : إن المال الذي دفعته إليك لفلانة وماتت

المرأة فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال، ولا نراه إلا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شيء أفيعلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم، وإن كانت متهمة فلا يحلف ويضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه، وفي خبر أبي بصير^(١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين وأوصى أن هذا الذي ترك لأهل المضاربة، أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مصدقاً، إلى غير ذلك، والظاهر إرادة معنى واحد من المريض والمأمون والمصدق، بل إليه يرجع الملقى في صحيح الحلبي^(٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام «الرجل يقر لوارث بدين؟ فقال: يجوز إذا كان ملياً» وخبره الآخر^(٣) «أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان ملياً» بناء على ما في الصحاح من أنه ملؤ الرجل صار ملياً أي ثقة، أو على أن الملائة طريق لرفع التهمة، خصوصاً، إذا رجع الضمير في «كان» إلى الوارث، وأعل الأول أولى ليوافق النصوص السابقة. والتي يرجع إليها أيضاً.

مكتبة محمد بن عبد الجبار^(٤) إلى العسكري عليه السلام «عن امرأة أوصت إلى رجل وأقرت له بدين ثمانية آلاف درهم، وكذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف و شعر وشبه وصفر ونحاس، وكل مالها أقرت به للموصى له، وأشهدت على وصيتها، وأوصت أن يحج عنها من هذه التركة حجتان، وتعطى مولاة لها أربع مائة درهم، وماتت المرأة وترك زوجاً، فلم تدرك الخروج من هذا، واشتبه علينا الأمر، وذكر الكاتب أن المرأة استشارته فسألته أن يكتب لها ما يصح لهذا الوصي، فقال لها: لا تصح تركتك لهذا الوصي إلا بأقرارك له بدين يحيط بتركك بشهادة الشهود، وتأمر به بعد أن ينفذ ما توصيه به، فكتبت له بالوصية على هذا، وأقرت للموصى بهذا الدين، فرأيتك أدام الله عزك في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا، وتعرفنا ذلك لنعمل به إنشاء الله، فكتب عليه السلام بخطه إن كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب ١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٢

من رأس المال إنشاء الله ، وإن لم يكن الدين حقاً أنفذها ما أوصت به من ثلثها ، كفى أو لم يكف ، فان الظاهر رجوع ذلك إلى الاتهام باخبار الكاتب وغيره ، و من هنا علق الامر عليه السلام على معرفة الدين ومفهوميته ، و كونه حقاً .

كما أن مرجع غير ذلك من النصوص المطلقة إلى التقييد المزبور ، كخبر اسماعيل بن جابر ^(١) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له وهو مريض بدين له عليه ؟ قال : يجوز إذا أقرّ به دون الثلث ، وخبر سماعه ^(٢) » « سألته عن من أقرّ لوارث له بدين عليه وهو مريض ؟ قال : يجوز عليه ما أقرّ به إذا كان قليلاً » .

وخبر أبي ولاد ^(٣) « سألت أبا عبدالله عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه ؟ قال : يجوز ذلك ، قلت : فإن أوصى لوارث بشيء ؟ قال : جائز » .

وخبر القاسم بن سليمان ^(٤) « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث له بدين في مرضه ؟ فقال : لا تجوز وصية لوارث ولا اعتراف له بدين » ،

و خبر السكوني ^(٥) المتقدم سابقاً وخبره الآخر ^(٦) قال امير المؤمنين عليه السلام « في رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندي ألف درهم ثم مات على تلك الحال ، أيهما أقام البيّنة فله المال ، فإن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان » .

و خبر سعد بن سعد ^(٧) عن الرضا عليه السلام « قال سألت عن رجل مسافر حضره الموت فدفع ماله إلى رجل من التجار فقال له : إن هذا المال لفلان بن فلان ليس لي فيه قليل ولا كثير ، فادفعه إليه بصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ١٦ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ٣-٩-٢

(٤) الوسائل الباب ١٥ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ١٢- .

(٥) الوسائل الباب ١٦ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ١٢- .

(٦) الوسائل الباب ٢٥ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ١- .

(٧) الوسائل الباب ١٦ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ٦- .

جعل له بالأمر ، ولا يدري صاحبه ما الذي حمله على ذلك كيف يصنع ؟ قال : يضعه حيث شاء .

إلى غير ذلك مما يجب حمله على التقييد المزبور في النصوص السابقة ، ومنه يعلم ضعف جميع الأقوال في المسألة المستلزم كل منها أو أكثرها طرح أكثر النصوص أو بعضها .

فمنها : القول بأنه من الأصل مطلقاً كما هو المشهور بين القائلين بأن المنجزات منه ، لamen الثلث ، لعموم « إقرار العقلا » ، لاقتضاء الحكمة قبول إقراره ، والابقية ذمته مشغولة في بعض الأحوال ، وصاحب المال ممنوعاً عن حقه .

ومنها أنه إن كان عدلاً مضى من الأصل ، وإلا فمن الثلث ، و كان مستنده إرجاع تلك الأوصاف في النصوص المزبورة إلى العدالة وفيه أنه لاشاهد عليه ، ولاتنا في بين العدالة والتهمة المفروضة في كلام كثير من الأصحاب من القرائن الحالية أو المقالية كما لا تنافي بين الفسق وعدمها كما هو واضح .

و منها : التفصيل بين الأجنبي والوارث ، فالإقرار للأول من الأصل مطلقاً ، والثاني كذلك مع عدم التهمة ، ومعها من الثلث ، وهو المحكي عن أبي حمزة ، وفيه طرح للنصوص المقيّدة بالأجنبي أو المطلقة .

ومنها : ما في النافع من أن الإقرار للوارث من الثلث مطلقاً وللأجنبي مع التهمة ، وبدونها من الأصل . وفيه طرح للنصوص المقيّدة في الوارث .

و منها : ما عن المفيد من أنه إن كان بدين مضى من الأصل ، وإن كان بعين وكان عليه دين يحيط بجميع التركة قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً ، وإن كان متهماً لم يقبل إقراره ، وفيه طرح لبعض النصوص السابقة .

ومنها : ما عن التقي من عدم الفرق بين الصحيح والمريض في مضى الإقرار إن كان مأموناً ، وعدمه إن كان غير مأمون وهو غريب ، إذ لا خلاف في مضى إقرار الصحيح من الأصل مطلقاً .

ومنها : ما عن النهاية و القاضي من اشتراط العدالة و انتفاء التهمة في المضي
من الأصل ، واشتراط انتفائهما معاً في المضي من الثلث ، قال الأول : « إقرار المريض
جائز على نفسه للاجنبي و الوارث إذا كان مريضاً موثقاً بعدالته ، فإن كان غير
موثق به ، و كان متهماً فإن لم يكن مع المقر له بينة أعطى من الثلث ، و يمكن
ارجاعه إلى المشهور ، إن لم يكن الظاهر ، فتكون الاقوال ستة ، لاسبعة ، ورباعدت
عشرة و الامر سهل بعد أن عرفت أن الأصح منها الأول الذي يجتمع عليه جميع
النصوص .

لكن أشكله بعضهم بأنه ليس في شيء منها الدلالة على النفوذ من الثلث مع
التهمة ، وإثماً تدلّ على عدم النفوذ مطلقاً بالمفهوم .

وفيه أن خبر العلّاء وخبر اسماعيل بن جابر ظاهران في ذلك ، بل لعله هو
مقتضى المفهوم بعد الإجماع على عدم جريانه ، لثلاثه مع المنطوق حينئذ .
نعم قد يشكّل بأن المنتجه إخراج ثلث ما أقرب من الدين من ثلثه ، والإمضاء
في ثلث العين المقرّ بها من دون غرامة قيمة الباقي من ثلثه ، لأن الدين بعد الموت
يتعلق بمجموع الثروة ، ولذا لو أقر الوارث نفذه في حصته بالبيئنة ، ولأن تعلق حق
الورثة يمتنع من نفوذ الإقرار في الزائد على الثلث ، فلا تقصير منه يوجب الضمان
للمالك كما أنّه لا مقتضى لغرامته للوارث من ثلثه لو أخذها المقر له بالإقرار .

ويدفع أيضاً في الدين بظهور الفتاوى وبعض النصوص كخبر اسماعيل بن جابر ،
بل لعله المتساق من جميعها في خروج ما أقرب منه من الثلث ، و لعله للفرق بينه
وبين إقرار الوارث الذي حصل له سبب ملك حصته ، وهو الموت ، والدين إنما يمنع
عنها بالنسبة ، بخلاف إقرار الميت المقتضى لشغل ذمته و التأدية من ماله الذي لم
يعارضه فيه غيره بتعلق حقّ ودفوه .

وفي العين بأن مقتضى عموم الإقرار و كون المال في يده دفعها إلى المقر له ،
لأنه المخاطب بذلك ، ولا إثم عليه في الواقع ، ولكن في الظاهر منعه الشارع عما يقتضيه
اضرار الورثة من التصرفات التي لم تكن مستحقة عليه التي منها ما نحن فيه ، إذ

إقراره لم يثبت به سبق الاستحقاق على وجه ينفذ على غيره .

فالجمع حينئذ بين الحقوق جميعها يكون بتدارك ضرر الورثة بدفع قيمة ما فات عليهم من ثلثه ، فلو لم يكن له ثلث كان للورثة منع المقر له من أخذها ، وكذا الكلام في المنجزات ، بل لعل الإقرار بعد عدم ثبوت سبق به منها ، وإن لم يكن إنشاء ، إذ هو سبب في الحكم بإزالة الملك في العين ، وشغل الذمة بالنسبة إلى الدين ، كالنذر في أيام المرض ، بناء على أنه من الثلث .

ومنه ينقذ حينئذ احتمال التفصيل بالتهمة وعدمها في سائر المنجزات ، على معنى أنه إن كان قد اتهم بقصد الإضرار بالورثة بالتنجيز ، والقرار من الإرث كان ذلك من ثلثه ، وإلا فمن الأصل ، وبه حينئذ يجمع بين النصوص السابقة ، وربما كان في ذيل صحيح عبد الرحمن الطويل إيماء في الجملة إليه ، لكن ظاهر الأصحاب خلاف ذلك ، بل يمكن دعوى الإجماع على عدم وجود اعتبار التهمة وعدمها في المنجزات ، ولعله لعدم اشعار النصوص السابقة على كثرتها بذلك .

بل قد يقال بمنع كون الإقرار من المنجزات التي قد تقدم الخلاف فيها ، ضرورة تضمن تلك النصوص للعتق والهيبة ونحوهما ، مما لا يشمل الإقرار ، ولا منقح ، فالذي تقتضيه الضوابط كونه من الأصل مطلقا ، لكن أخرجت عنها صورة التهمة ، لأن مقتضاها الخروج من الثلث باعتبار تعلق حق الورثة ، وخرجنا عنها في صورة المأمونية بالنصوص ، إذ الظاهر من النص والفتوى عدم تعلق حق للوارث في العين حال الحياة . ومن ذلك يظهر لك الحال في حكم الواسطة أي الذي لم يعلم كونه مأمونا وعدمه ، وفيما لو ادعاه الوارث على المقر له ، فإن القول قول المقر له مع يمينه على عدم العلم بالتهمة ، لأعلى العلم بعدمها ، لأنه يمين على نفى فعل الغير ، ويكفي حينئذ في الحكم للمقر له بالحق مجرد الإقرار مع عدم ظهور المانع من صحته ، وإن لم يعلم صحة السبب ، كما جزم به في المسالك ، بل ويظهر أيضا فيما لو أقر سنجز ولم يسنده إلى ما قبل المرض ، لكن في جامع المقاصد أنه لا يبعد جعله من الثلث ،

وإن لم يكن تهمة ، لأن الإقرار إنما يقتضى اللزوم قبيل زمان الإقرار بمقدار ما يمكن انشاؤه ، ومقتضاه حينئذ سقوط حق المقر له مع عدم وفاء الثلث ، وفيه نظر .
وعلى كل حال فإقراره يلزم به في الظاهر لو برء ، سواء كان متهماً أو غير متهم ، للعموم ، واحتمال أنه كالوصية في عدم اللزوم إذا كان متهماً وقلنا بالخروج من الثلث كما ترى ، وتام الكلام في هذه المسائل كلها في محالها إنشاء الله وإنما اقتضت الضرورة لذكره هذه النبذة منها على الأجمال .

كما أنها اقتضت البحث في حال تركه الميِّت مع الدين ، إذ هي من المال المحجور على مالكة التصرف فيه ، بناء على انتقالها إلى الوارث ، وأن الدين متعلق بها تعلق الرهانة ، ولكن تحقيق الحال فيها أن الإجماع بقسميه على تعلق الديون بها في الجملة ، وعلى عدم انتقالها إلى الديَّان ، كما أن الإجماع بقسميه أيضاً على انتقالها إلى الوارث مع عدم الدين والوصية ، بل حكاه بعضهم أيضاً على انتقال الفاضل عن الدين مع عدم الوصية ، وعلى انتقال الزائد عن الثلث اليهم معها وإن أوصى به .

إنما الكلام في انتقالها أجمع إلى الوارث مع الاستيعاب ، وفي انتقال المقابل للدين منها مع عدمه ، فخيرة الحلبي ، والمصنف ، والفاضل - في الإرشاد ، والشهيد ، ومحكي المقنع ، والنهاية ، والمبسوط ، في أحد النقلين والخلاف والنهاية ، وفقه الراولدي ، قيل ومال إليه الفخرو والد في وصايا المختلف ، أوقال به - الثاني ، وأنه ياق على حكم مال الميِّت ، بل في المسالك والمفاتيح نسبته إلى الأكثر .

بل في وصايا السرائر إذا كان على الميِّت دين يحيط بالتركة ، فإنها بلا خلاف بيننا لا تدخل في ملك الغرماء ، ولا ملك الورثة ، والميِّت قد انقطع ملكه وزال ، فينبغي أن تكون موقوفة على انقضاء الدين .

وفي دينها « أن أصول مذهبنا تقتضى أن الورثة لا يستحقون شيئاً من التركة دون قضاء جميع الديون ، ولا يسوغ ولا يحل لهم التصرف في التركة دون القضاء إذا كانت بقدر الدين ، لقوله تعالى ^(١) من بعد وصيه يوصى بها أو دين ، فشرط صحة

الميراث وانتقاله أن يكون ما يفضل عن الدين ، فلا يملك الوارث الا بعد قضاء الدين ، الى آخره للآية الظاهرة في أن ملك السهام بعد الدين ، لظهور اللام في الملك لا استقراره .

ولصحيح عباد بن صهيب أو موثقته^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل فرط في اخراج زكاته في حياته ، فلما حضره الوفاة حسب جميع ما فرط فيه مما يلزمه من الزكاة ، ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من يجب له قال : جائز يخرج ذلك من جميع المال ، إنما هو بمنزلة دين لو كان عليه ، ليس للورثة شيء حتى يؤدّ وأما أوصى به من الزكاة ، وصحيح سليمان بن خالد^(٢) عنه عليه السلام أيضاً « قضى أمير المؤمنين في دية المقتول أنه يرثها الورثة على كتاب الله ، وسهامهم إذا لم يكن على المقتول دين . » والسيرة المستمرة على تبعية التمسك للتركة في وفاء الدين وهو مستلزم لبقائها على حكم مال الميت لا الورثة

خلافاً لقواعد الفاضل و جامع المقاصد والمبسوط في النقل الاخر والتحرير ، والتذكرة ، وقضاء المختلف ، وحجر الايضاح ، وصاياه ، وحواشي الشهيد ، وقضاء المسالك و موارثه ، و موارث كشف اللثام ، فاخترادوا الآول ، بل ربما استظهر من بعضهم أنه المشهور ، و من التذكرة الاجماع عليه ، حيث قال : الحق عندنا أن التركة تنتقل إلى الوارث ، لمعلومية عدم بقاء المال بلا مالك ، كمعلومية عدم كونه في المقام للفرماء للاجماع بقسميه وغيره ، بل والميت ضرورة كون الملك صفة وجودية لا تقوم بالمعدوم ، كالمملوكية ولذا لم يدخل في ملكه جديداً إذ لا فرق بين الابتداء والاستدامة و قضاء الدين من دينه ، و مما يقع في شبكته بعد موته أعم من ملكيته لذلك ، فتعين كونه للوارث ، ولأنها لو لم تنتقل إليهم لما شارك ابن الابن مثلاً عمه لومات أبوه بعد جدّه ، وحصل الأبراء من الدين ، والتالي باطل إجماعاً ، ولأن الحالف مع الشاهد إنما هو الوارث المخاصم في مال الميت ، فلو لا الانتقال لساوى القريم في عدم اثبات مال الغير

(١) الوسائل الباب ٤٠ - من ابواب احكام الوصايا الحديث ١ -

(٢) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب موانع الارث الحديث ١ -

ييمينه ، وتعلق الحق لوسلم لايسوغ ذلك ، ولأنه لاختلاف في أن الورثة أحق بأعيان
التركة من غيرهم ، بل الاجماع بقسميه عليه ، و من هنا حكى عن بعضهم أن النزاع
في القيمة لافي نفس الاعيان ، و في كل من الدليلين نظر ، أما الآية فالمراد منها بعد
الاجماع على ملك الوارث للثلثين مع الوصية بالثلث والاجماع المحكي الذي يشهدله
التبّع على ملكه الزائد على مقابل الدين ببيان كون تقدير السهام بعد الوصية والدين
دفعاً لتخيل كون الثلث مثلاً من أصل المال ، فلا تعرض فيها حينئذ لمالك ما يقابل
الوصية والدين أنه الميّت أو الوارث ، ضرورة عدم منافاة المعنى المزبور لكل منهما ،
إذ مرجعه إلى نحو النصوص ^(١) الواردة في بيان الحال في تركة الميّت ، من اخراج
الكفن أولاً ، والدين ثانياً ، والوصية ثالثاً والسهام رابعاً ، وإن لم يكن فيها بيان
تمام ذلك ، فالتقدير حينئذ هذه السهام من بعد الوصية والدين ، لأن المراد منها
تعليق الملك بعد الوصية والدين ، لمنافاته حينئذ الاجماع المزبور ، سواء أريد بعد
ايصال الوصية والدين إلى أهلها ، أو بعد عزلها وتعيينهما .

واحتمال كون المراد منها تعليق جواز التصرف في الملك ، أو استقراره مع بعده
غير نافع للخصم ، بل هو ضار له ، كتقدير سعة المال بمعنى أن هذه السهام من أصل المال
لأهلها مع سعة المال للوصية والدين ، وإن وجب عليهم حينئذ التادية منها ، فتبقى
السهام حينئذ على ما هو المتساق منها ، من كونها من أصل المال ، خصوصاً مع قوله
تعالى ^(٢) « مما تركتم » و يكون مورد الآية حينئذ والمقصود منها بيان حكم التركة
الزائدة ، وكذا تقدير العزل والأداء .

و على كل حال ما ذكرناه أولى من الجميع ، بل هو المقطوع به بعد التأمل
الجيد ، وربما يرجع إليه بعض ما سمعت ، و منه يظهر لك ما في الذي أطنب فيه
الاردبيلي و تبعه عليه غيره ، بل منه يظهر لك ما في كلام كثير من الأصحاب فلا حظ
و تأمل .

(١) الوسائل الباب ٢٨- من ابواب احكام الوصايا .

(٢) سورة النساء الآية ١٢- .

وأما احتمال كون المراد « من بعد » فيها الكناية عن ملك الزائد على الوصية والدين ، فهو - مع انه لا يساعد عليه اللفظ كمال المساعدة - غير مجد للخصم ، ضرورة كون أقصاه بيان حكم الزائد لا غيره ، واشعار التقييد حينئذ بعدم ملكه لغيره يدفعه احتمال كون ثمرة التقييد حينئذ بيان أنه الملك المجدي للوارث النافع له ، بخلاف غيره الذي يزول عنه بأدائه للوصية والدين ، بل لعل ذلك أولى من الأول الذي لا قرينة على تعيينه .

ومما ذكرنا يظهر لك النظر في الاستدلال بصحيح عباد ^(١) المعلوم عدم سوقه لبيان ذلك ، وأنه لا معنى لارادة نفي الملك منه بعد الاجماع المزبور ، وتخصيصه بمقابل الوصية والدين مناف لظاهره ، إذ لا يرجع لفظ حتى فيه إلى معنى محصل ، ضرورة أنه يكون معناه ليس لهم ذلك حتى يؤدوه وحملة على خصوص التأدية من غير التركة كما ترى فلا بد من حملة حينئذ على جواز التصرف أو استقرار الملك أو غير ذلك ، وكذا صحيح سليمان ^(٢) .

وأما السيرة فقد يمنع تحققها على وجه يجدي ، ولوسلم فهي أعم من الكون على حكم ملك الميت ، إذ يمكن كونه ملك الوارث ، ومع ذلك يجب دفعه في الدين لها كالأصل ، كما هو واضح .

و أما أدلة القول الثاني ففى أولها أنه لامانع عقلاً ولا شرعاً في بقاء المال على حكم ملك الميت ، بل لا بد من التزامه في مثل الوصية بالثلث للعبادة ونحوها ، والتزامه فيمن لم يكن له وارث إلا مملوك يشتري فيعتق حتى يرث ، والتزام كونه للورثة في الأول - ويجب عليهم تأديته في تلك المصارف كما في جامع المقاصد - لاداعى له ، ولادليل عليه ، مع أنه لا يتم في مثل الثاني ، ودعوى الاجماع على عدم بقاء المال بلا مالك بحيث لا يكفي هذا الحكم من الملك واضحة المنع .

وما أبعد ما بين ذلك وبين القول بأنه يملك جديداً حقيقة كما عن ثاني الشهيدين

(١) الوسائل الباب - ٤٠ - من ابواب احكام الوصايا - الحديث - ١ - .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب موانع الارث الحديث - ١ - .

والفخر ، ناسباً له إلى بعض ، بل قيل : إنه ربما أراد به المصنف في باب القصاص ، فيما
إذ شهد به الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال ، محتجاً بوفاء الدين من دينه
الحاصلة بعدموته ، و مما يقع في شبكته .

وفيه أنه أعم من صفة الملك حقيقة ، ولعله لا يريد ما يرجع إلى حكم
الملك ، ضرورة معلومية زوال الملك بالموت ، وقد سمعت نفي الخلاف فيه ، من الحلبي
والامر سهل في ذلك حيث لا ثمرة معتدة بها فيه .

وشركة ابن الابن عنه أعم من الدعوى ، إذ لعله لا رثه الاستحقاق الذي كان
لأبيه ، فانه لا اشكال في استحقاق الوارث المال المقابل للدين لو اتفق ارتفاعه ببراء
ونحوه ، وإن قلنا بكونه على حكم مال الميت حاله ، ولذا كانت الخصومة في أموال
الميت له ، بل قد عرفت أنه الذي يحلف مع الشاهد ، ولعله لهذا الاستحقاق الذي
كان الدين مانعاً عنه جازيماً عليه ، وإن لم يكن ملكاً بالفعل ، ضرورة كونه ليس
كغيره من الحقوق التي لم تجز اليمين لاثبات المال معها ، كحق الرهانة وغرماء المفلس
ونحوهم ، والمسلم من أحقية الوارث عتق مزاحمة الغير له لو أراد العين بشمنها ، وهذا
أعم من الملكية .

ومنه يعلم أن دعوى النزاع في القيمة لا العين لذلك في غير محلها ، بل كلمات
الاصحاب صريحة في خلافه ، كما لا يخفى على الملاحظ لها فتأمل جيداً . فانه قد بان
لك من ذلك كله النظر في المعجتي .

لكن لا ريب في أن الأقوى القول الثاني لما ذكره ، بل لأنه بعد ما عرفت من
عدم دلالة الآية والرواية على البقاء على حكم مال الميت ، لم يكن معارضاً لما دل
على أن جميع تركة الميت لوارثه بموته من العمومات وغيرها ، كقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ ^(١)
تركة الميت لورثته ، وغيره و وجوب الوفاء غير قادح .

نعم في الوصية بالثلث بما يرجع إلى الميت لا يبعد البقاء على حكم ماله ، للنصوص
الدالة على أن له مع الوصية من ماله ثلثه ، وتمتدز الملك حقيقة يعين إرادة بقاء حكم

(١) الوسائل الباب ٣- من ابواب احكام الضمان الحديث ٣- و غيرها .

الملك ، فهي في الحقيقة مخصصة لتلك النصوص ، إذ هو أقرب من احتمال الجمع بينها بإرادة حصول النفع للميت ، فلا يناق ملك الورثة لها كما هو مقتضى العموم الأول وإن وجب عليهم صرفها فيما أوصى به ، كما لا يخفى على من لاحظها فإنها ظاهرة كمال الظهور في عدم ملك الوارث لها .

وبذلك افترقت الوصية عن الدين ، فإن به ليس فيما عثرنا عليه من الأدلة ما يدل على نحو ذلك ، الا ما عرفت النظر فيه ، مضافاً إلى اقتضاء القول ببقاء مقابل الدين على حكم مال الميت وملك الوارث الزائد تجشماً وتكلفاً ، إذ هو إن رجع إلى الاشاعة على معنى أنه لو فرض مقابلة النصف وقت الوفاة كان المال بين الميت و الورثة نصفين ، واتجه التوزيع لو اتفق نقصان السعر أو التلف ، لاختصاص الوارث وعود المال إلى ملك الميت كما هو المعروف بين الاصحاب ، وإن لم يرجع إلى الاشاعة اقتضى ملكاً للكلي في غير النعمة ، وقد عرفت أن التحقيق احتياجه إلى الدليل في باب بيع الصاع من الصبرة ولا دافع لذلك إلا التزامه للدليل ، كما سمعته في خبر الاطنان^(١) أو التزام الأول والتخلص مما سمعته بدعوى المراعاة في الملك لا العود من الوارث ، والكل تجشّم .

ولعله مثله لازم في الوصية لو كان قد أوصى بكلّي من ثلثه كالف ونحوه ، فانه لا ينقص مادام في الثلث سعة ، ولا يرجع إلى حصّة معيّنه منه بحيث لو نقص اصل المال بسعر أو تلف دخلها النقص على تلك النسبة . لكن الجميع كما ترى لا يخلو من اشكال .

أما الدين فلا يرد فيه شيء من ذلك ، بناء على المختار من كون الجميع ملك الورثة ، وربما نلتزم مثله في نحوه هذه الوصية وإن اخترنا كونها على حكم مال الميت لو أوصى بالحصّة المشاعة على الوجه الذي عرفت ، فتأمل جيداً فإن به قل من تعرض للوصيّة والذي تعرض لها جمل حكمها حكم الدين اغتراراً بظاهر الآية ، وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك .

(١) الوسائل الباب ١٩- من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ١- .

وكيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا حكم ما لو لم يكن الدين مستغرقاً إذ على ما قلناه لافرق بينهما في الانتقال إلى الوارث ، أما على القول الأول فقد صرح بعضهم بأن حكم المقابل حكم المستوعب في البقاء على ملك الميِّت ، وأما الفاضل فهو ملك الورثة وقد سمعت حكاية بعضهم الاجماع عليه ، ومن الغريب ما عن الفاضل في ارث القواعد من أن التركة مع الاستيعاب للورثة ، وأما إذا لم يكن مستوعباً فما قابل الدين على حكم مال الميِّت ، ولم يحضرنا الآن ما يشهد له من آية أو رواية أو اعتبار .

والامر سهل بعد توضيح الحال لديك ، كوضوح الثمرات المترتبة على هذا الخلاف التي منها : أنه لا إشكال في تعلق الدين بالنماء بناء على بقائها على حكم مال الميِّت ، أما على الانتقال إلى الوارث ، فالمتجه عدمه ، للأصل ، ودعوى تبعية النماء للمال في التعلق أيضاً ممنوعة ، وقد سمعت في باب الرهن منعها ، على أنك ستعرف أن التعلق هناليس كتعلق الرهن .

فنقول : إن تعلق الدين بالتركة هل هو تعلق رهن حتى لا يجوز للورثة التصرف كما هو المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً ، أو ارش جنابة فيجوز كما عن السيد الرضي ، بل هو ظاهر قواعد الفاضل في باب الرهن ، أو تعلقاً مستقلاً ؟ كما هو خيرة جامع المقاصد ، والمحكي عن الفخر ، والظاهر أن هذا البحث يأتمى على القولين ، إلا أن ثمرته في المستوعب على الأول نادرة ، ضرورة عدم جواز تصرف الوارث بعد أن لم يكن مالاً كائناً على كل حال .

نعم قد تظهر ثمرته في الوصي باعتبار تصرفه في التركة لقضاء الدين ، فإنه لا يجوز على الأول من دون إذنهم كالرهن ، وعلى الثاني يجوز كالثالث في احتمال ، ولو قيل : بأن الكل متفقون على جواز التصرف للدين من دون إذن الغرماء ، وإنما مراد القائل بتعلق الرهانة بالنسبة إلى نفوذ تصرف الوارث ، سقطت الثمرة من هذه الجهة .

وكيف كان فالتحقيق أنه تعلق مستقل لا يدخل في أحد التعلقين ، ضرورة خروجه عن موضوعهما ، فلا يشمل دليلهما ، والشبه بكل منهما من جهة يقتضى خروجه عنهما ، وكثرة وجه الشبه بأحدهما لا تقتضى لحقوق أحكامه ، ولعل مراد الأصحاب في

هذا الخلاف أن الدليل ولو الأصل يقتضى كون التعلق تعلق الرهانة في الأحكام والأرض وإلا فمعلوم خروجه عن موضوعها ، وإن الشبه في الجملة لا يثبت جميع الأحكام .
وعلى كل حال فقد جزم المحقق الثاني ، والفخر ، والشهيد في المعكفي عنهما ، بخروجه عنهما نعم قال الأول : يحتمل المنع من التصرف بالبيع ونحوهما ، لمنافاته حكمة التعلق لاقتضاء نفوذ التصرف ضياع الدين ، وأميرورة العين به كالمال المشترك ، ويحتمل العدم ، للأصل ، بل الأصول ، ولا منافاة بعد ثبوت التسلط الذي الحق على الفسخ إن لم يدفع له ، ففي الصحة حينئذ جمع بين الحقين ، وتحتّم الأداء على الوارث حكمة التعلق . كما أن سلطنة الغريم على الفسخ تنفي الضياع ؛ ومن هنا قال : «التحقيق أن القول بالنفوذ أقوى» قلت : هو كذلك ، لكن لاثمرة ظاهرة غالباً حينئذ بينه وبين القول بتعلقه تعلق الأرض .

وعلى كل حال فهل يشترط في تعلق الدين بمجموعة التركة استغراق الدين إتماماً أو أزيد فلو كان أنقص لم يتعلق إلا بقدره ، لأن الحجر إنما وقع لأجل الدين فيختص بقدره أم لا يشترط لأنه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به - لأن الأداء لا يقطع بكونه بذلك البعض ، لجواز التلف ، ولظاهر الآية ^(١) بناء على أنها لتعلق الملك ، أو جواز التصرف ، وصحيح عباد المتقدم ^(٢) بل وصحيح سليمان ^(٣) ولأن الميث لما خرج بالموت عن صلاحية استقرار الدين في ذمته ، وجب أن يتعلق بكل ما يمكن اداؤه من أمواله لأن حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاؤه - اشكال «أقربه الأول» في القواعد والمحكي عن حواشي الشهيد وجامع الشرايع ، والمسالك ، والكفاية ، «والأصح الثاني» في جامع المقاصد ، وهو المحكي عن ميراث القواعد وحجج الإيضاح وrehنه وإرث الدروس وإيضاح النافع ، وظاهر المبسوط وقد يؤيد الأول - مضافاً إلى السيرة وإلى استبعاد الحجر على مال كثير يدين يسير ، بل لا يخلو من

(١) سورة النساء الآية - ١٢ -

(٢) الوسائل الباب ٤٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١ -

(٣) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب موانع الإرث الحديث - ١ -

ضرر وخرج - الحسن أو الصحيح^(١) أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيلاً وعليه دين أينفق عليهم من ماله؟ قال: إن استيقن أن الذي عليه يحيط بجميع المال، فلا ينفق عليهم، وإن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال، ونحوه خبر عبد الرحمن بن الحجاج^(٢) عن أبي الحسن عليه السلام إذا هما وإن كانا في التصرف الاتلافي الذي يمكن أن يستعنه أيضاً القائل بتعلق الأرض أو التعلق المستقل، وإن جوز غيره مما ليس فيه إتلاف للعين، لكن دال على غيره بطريق أولى، من إمكان المناقشة في أدلة الثاني بأنه لأولوية بعد أن كان التعلق بالمقابل الكلي، والآية قد عرفت المراد منها، والصحيح كما أنه محتمل لتعليق جواز التصرف، محتمل لاستقرار الملك، وأولى منه بذلك صحيح سليمان، ولا حدوث للتعلق بعد تلف المعزول له، بل هو انكشاف لكون التعلق بالذي تصرف فيه الوارث.

ومنه يظهر الوجه في تسلط الغريم على الفسخ لو فرض تصرف الوارث ولم يؤد الدين وضمانه لو كان قد أتلفه، واحتمال عدم جواز الفسخ للأذن في التصرف الذي وقع حال عدم تعلق الدين في غاية الضعف، كتعليقه، فإن لك حينئذ من ذلك كله قوة القول بالتفصيل بين المستوعب وغيره، الذي تظهر ثمرته على تقدير كون التعلق تعلق رهانة، أو مستقلاً يمنع من التصرف، أما إذا قلنا بعدم منعه حتى في المقابل فلا ثمره له ظاهرة غالباً، كما أنه بان لك بما ذكرناه عدم الفرق في جواز التصرف عند القائل بأنه تعلق أرض أو مستقل بين الاستيعاب وغيره، كما هو مقتضى ما سمعته من الأدلة.

لكن عن قضاء الايضاح والمسالك، وظاهر قضاء دين الميت من السرائر، الاجماع على عدم جواز التصرف مع الاستيعاب، وأن الاشكال في غير المستوعب، قال في الاول: «أجمع الكل على أنه إذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة، لا يجوز للوارث التصرف فيها إلا بعد قضاء الدين، أو إذن الغرماء» ونحوه عن الثاني أيضاً، بل في مفتاح الكرامة «أنه كذلك، يشهد له التتبع».

(١) و(٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ١ - ٢ -

قلت : بل التتبع شاهد بخلافه كما لا يخفى على من لاحظ القواعد ، و جامع المقاصد في باب الحجر ، مضافاً إلى عدم اقتضاء الأدلة الفرق بين المستوعب و المقابل للدين من غيره ، نعم في الزائد ماسمعتة من البحث السابق فلاحظ و تأمل ، ولو كان على الميت عهدة كما لو كان قد حفر بئراً في طريق المسلمين عدواناً فتردى فيه بعد موته ، أو كان قد سرت جنايته كذلك ، ولم تقل بالكشف بها عن شغل نعمته قبل الموت ، أورد مبيعه بالعيب بعد أن أتلّف هو الثمن مثلاً ، فإن لم يكن قد تصرف الوارث بالتركة وجب الأداء منها ، بلا خلاف أجده فيه ، كما أنه لا أجده أيضاً في انتقال التركة هنا إلى ملك الوارث قبل حدوث الضمان ، وإن كان السبب متقدماً ، ضرورة عدم اقتضاء تقدمه بقاء التركة على حكم ماله ، لعدم تحقق الدين حينئذ .

اللهم إلا أن يدعى الكشف ولادليل عليه ، إذ وجوب الاداء منها أعم من ذلك بل ينبغي الجزم به بناء على المختار من انتقالها إلى الوارث مع الدين المحقق فعلاً فضلاً عما نحن فيه ، وإن كان قد تصرف فيها الوارث ببيع ونحوه ففي القواعد واحتمل فساد التصرف لتقدم سبب الدين ، فأشبه الدين المقارن ، وعدمه ، فإن ادعى الوارث الدين وإلغى التصرف ، وكأنه بنى الأول على كون التعلق تعلق رهان وقد عرفت ما فيه سابقاً . مع أنه لو سلم في الدين المقارن أمكن منعه هنا ، الأصل ، و تقدم السبب لا يقتضى تقدّم المسبب ، و أقصى العهدة تعلق الدين الحادث بالتركة ، لا منع الوارث من التصرف ، ودعوى حدوث البطلان بحدوثه محتاجة إلى دليل ، فلا ريب أن الأصح الاحتمال الثاني على هذا التقدير ، فضلاً عن المختار ، بل إن لم يقم اجماع على تسلمه على الفسخ إن لم يؤد الدين الوارث أمكن منعه ، للأصل ولكن يقوى حينئذ تعلق الدين بالمعوض ، لكونه بدل المال ذى العهدة .

اللهم إلا أن يقال : إنها كالدين في التسلط على الخيار الذي منشؤه فيهما تضرر الغريم ، وأن له حقاً في الجملة ، ومنه حينئذ يتوجه ضمان الوارث أو فرض أن تصرفه كان بائناً للمال من غير معاوضة ، كأن يكون طعاماً فأكله ، أو ثوباً فلبسه ، أو هبة مجافاً أو نحو ذلك فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ الفصل الثاني في احكام الحجر ﴾ .

﴿ وفيه مسائل : الاولى ﴾ قد تقدم سابقاً انه لا خلاف معتد به في أنه ﴿ لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم ﴾ وإنما الخلاف في توقف دفعه على حكم الحاكم على ما عرفت .

﴿ وهل يثبت ﴾ الحجر ﴿ في السفه بظهور سفه فيه تردد ﴾ وخلاف ﴿ والوجه ﴾ عند المصنف ﴿ أنه لا يثبت ، وكذا لا يزول إلا بحكمه ﴾ وفقاً للفاضل ومحكي المبسوط وشرح الارشاد للفخر وظاهر الغنية ، قيل : وكأنه مال اليه في غاية المراد ، بل عن تعليق الارشاد للكركي المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم ، فيقوى حينئذ توقف إزالته عليه ، وإن كان هو كما ترى ، للاصل بمعانيه الثلاثة في توقف الثبوت عليه ، وبمعنى الاستصحاب في الزوال مؤيدة بأن موضوع السفه اجتهدى لوقوع الاختلاف في بعض ما يعد فعله سفهاً ، وبالعسر والخرج ، إذ أكثر الناس سفهاء سيما مع اعتبار العدالة وإصلاح المال والاكتساب وتحصيل المعدوم في الرشد .

لكن فيه أن الأصل يقطعه ظاهر قوله تعالى ^(١) «ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً» بناء على أن المراد عدم تمكين السفهاء من أموالهم كما عن أكثر المفسرين بقريظة «وارزقوهم» إلى آخره للاجماع على عدم وجوب الإنفاق على السفه من غير ماله ، والحمل على من وجبت نفقته منهم ولا مال له كما ترى .

بل يشعر بذلك أيضاً قوله «وقولوا لهم قولا معروفاً» بناء على أن المراد الكلام الجميل والوعد بمالهم إذا رشدوا ، وتعليم حفظ المال وصيافته ونحو ذلك ، بل وما بعد الآية ، بل قيل : وما قبلها .

ولا ينافي ذلك الاضافة الى ضمير المخاطب ، باعتبار رجوعها الى الأولياء

بالارث ، أو باعتبار كونهم قوامين ومتصرفين بها كالملاك أو باعتبار الاشارة الى حفظها كحفظ أموالكم ، أو باعتبار أنها من جنس أموالهم التي بها قوام الكل ، كما في قوله تعالى ^(١) «ولا تقتلوا أنفسكم» ^(٢) و «فمن ماملكت أيمانكم من فتيانكم» فإن المراد عدم قتل البعض بعضاً وجنس ماملكت وجنس الفتيات ، لانفس المخاطب وما ملكت يمينه وفتيانه ، أو غير ذلك مما يكفي في الاضافة التي كثر استعمالها لأدنى ملايسة . وما في الصافي والعياشي ^(٣) عن الصادق عليه السلام «هم اليتامى لامطوهم أموالهم حتى تعرفوا منهم الرشد ، قيل : فكيف يكون أموالهم أموالنا فقال : انا كنت أنت الوارث لهم» يمكن عدم ارادة الحصر منه ، خصوصاً بعد استفادة حكم خصوص اليتامى من الآية التي بعدها ، بل روى عنه عليه السلام ^(٤) في هذه الآية أنه قال : «من لاثق به» وفي رواية ^(٥) «كل من يشرب الخمر فهو سفيه» .

وعن الباقر عليه السلام ^(٦) «أنه سئل عن هذه الآية فقال : لا تؤثروا شراب الخمر ولا النساء ، ثم قال : وأي سفيه أسفه من شارب الخمر ، ولفظ اليتامى و ان كان ظاهراً في سبق الاستيلاء على المال إلا أنه يمكن ارادة عدم التمكين منه ، على أنه بعد التسليم يمكن دلالتها على المطلوب ، بناء على ما سمعته في مفهوم آية الابتلاء ^(٧) نعم في الصافي أيضاً عن القمي عنه عليه السلام ^(٨) أيضاً أنه قال : السفهاء النساء والولد إذا علم الرجل أن امرأته سفيهة مفسدة وولده سفيه مفسد لا ينبغي له أن يسلط واحداً منهما على ماله الذي جعله الله له قياماً يقوم به ، ومعاشاً قال : وارضقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً» .

(١) سورة النساء الآية -٢٩-

(٢) سورة النساء الآية -٢٥-

(٣) (٤) (٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ١٠ -

- ٩ - ٨ - .

(٦) الوسائل الباب - ٥٣ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ٢ - .

(٧) سورة النساء - الآية - ٦

(٨) المستدرك ج - ٢ - ص - ٢٩٦ -

ولكنك خبير أنه لايجوز الخروج عن ظاهر الآية بمثل هذا المرسل الذي يمكن عدم منافاته للمعنى المراد من الآية أيضاً ، فلاريب حينئذ في استفادة المطلوب من ظاهر الآية ، ضرورة اطلاق النهي فيها من دون تعرض للحاكم ، بل قد يستفاد من مفهوم قوله تعالى^(١) ، أيضاً « فان آتستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » كاستفادة عدم توقف زواله على حكم الحاكم .

ودعوى خروجها عن محل النزاع - للاجماع على عدم اعتبار الحاكم في الانبات والازالة بالنسبة إلى السفه المتصل بعد البلوغ ، وخصوصاً الزوال ، إذ لو توقف عليه لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عليه من الحاكم ، ولكن عندهم من أهم الاشياء فالسيرة القطعية شاهدة على ذلك ، وعن المبسوط «وأما حجر الصبي فإنه يزول ببلوغه ولا يحتاج إلى حكم حاكم ، وفي الناس من قال : لا بد فيه من حكم الحاكم ، وهو خلاف الاجماع » -

يدفعها أولاً : ما من نكاح التذكرة من ظهور عموم النزاع مؤيداً باطلاق كثير منهم هنا ، وثانياً : القطع بعدم الفرق ، ضرورة عدم مدخلية الاتصال بالصغر المنقطع بالبلوغ ، إنهو سبب جديد غير الأول ، فان كان لا يمنع من التصرف بالمال إلا بحكم الحاكم ، وجب إعتباره في منع المالك منه ، وكذا الزوال ، والاتصال غير مجد ، بل وكذا استفاد المطلوب من قوله تعالى^(٢) « فان كان الذي عليه الحق سفيهاً الى آخره حيث أثبت الولاية بمجرد السفه .

إلى ما ذكرنا يرجع الاستدلال بأن العلة السفه كما يشعر به تعليق الحكم عليه ، فوجوده يستلزم وجود المعلول ، وعدمها يستلزم عدمه ، وبأنه إن جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطاً ، وهو باطل بالآية وبأن اشتراط جواز التصرف بالرشد يقضي بأن زوال الشرط يستلزم زوال المشروط ، كما أن منه يظهر الاستدلال أيضاً بالاجماع السابق ، بل وباطلاق النصوص التي هي نحو آية الابتلاء .

(١) سورة النساء - الآية - ٦ .

(٢) سورة البقرة - الآية ٢٨١

والتأييد الأول واضح الدفع ، ضرورة كون الكلام في الحجر بعد ثبوت السفه لافي موضوع السفه ، وأما التأييد الثاني فيدفعه منع كون أكثر الناس سفهاً ، على أنه مشترك الالتزام ، ضرورة وجوب التحجير حينئذ على الحاكم من باب الحسبة ، وخصوصاً إذا كان هو الولي وقد تقدم في موضوع السفه ما يفيدك حقيقة الحال ، فلاحظ وتأمل . ومن ذلك كله يظهر قوة القول بعدم توقفه ثبوتاً وزوالاً على حكم الحاكم ، فافقاً لجامع المقاصد ، والروضة ، والمسالك ، والكفاية ، والمفاتيح ، والرياض ، على ما حكى عن بعضها ، بل هو خيرة اللمعة أيضاً بالنسبة إلى الثبوت دون الزوال ، فأوقفه على حكم الحاكم للأصل المقطوع بما عرفت ، ولاحتياج معرفته إلى الاجتهاد الذي قد سمت ما فيه ، مضافاً إلى انتقاضه في الثبوت .

ومنه يظهر ضعف القول الرابع الذي هو عكس ذلك ، وقد اعترف جماعة بعدم معرفة قائله وربما استظهر من غاية المراد للشهيد . نعم عن التحرير أنه جزم باحتياجه إلى حكم الحاكم في الثبوت ، وتوقف في الزوال عكس ما عن الإرشاد .

وعلى كل حال ففيه ما لا يخفى ، مع أن ما قيل في وجهه من أن حكم الحاكم كان مشروطاً بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر ، إذ يمتنع بقاءه من دون الشرط ، خصوصاً على القول بأن البقاء يحتاج إلى علة ، وأن علة البقاء علة الحدوث موافق للمختار ، إنما الكلام في توقف ثبوته على حكم الحاكم ، وليس إلا ما عرفت سابقاً بما هو واضح الضعف والله أعلم .

المسألة (الثانية : إذا جبر عليه) الحاكم (فبايعه انسان ، كان البيع باطلاً) مع عدم اجازة الولي لامعها ، لما عرفت سابقاً سواء كان يعين ماله أو مافي الذمة ، رضي البايع بالانتظار إلى احتمال فك الحجر أولاً ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن الأردبيلي أنه يمكن تحريم أصل المعاملة معه ، ومجرد ايقاع صورة البيع و الشراء معه ، وإن كان فيه منع واضح ، وحينئذ (فإن كان المبيع موجودا استعاد البايع) عالماً كان أو جاهلاً بالحكم أو الموضوع ، أذن بالقبض أولاً ، بلا خلاف أجده ولا اشكال ، ضرورة بقاء المال حينئذ على ملكه ، فله انتزاعه ، واحتمال

صيرورته هبة في بعض أفراد المسألة كما ترى .

﴿ وإن تلف و ﴾ قد ﴿ قبضه باذن صاحبه ﴾ العالم بموضوعه وحكمه ﴿ كان تالفاً ﴾ من مال مالكة ﴿ وإن فك حجرة ﴾ بعد التلف لأصالة البراءة بعد أن كان هو المسلط له على ذلك ، وهو المسقط لحرمة ماله ، فلا يشمل شيء من أدلة الضمان . لكن الانصاف أنه إن لم يثبت الاجماع عليه كما هو الظاهر من بعضهم حيث ارسلوه إرسال المسلمات ، وادعوا ظهوره ووضوحه بحيث لا يحتاج إلى بيان لا يخلو من اشكال ، يظهر مما ذكره في قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، مع العلم بالفساد من أنه لا يقتضى سقوط الضمان بعد أن كان الاذن حاصلًا فمن ضمن البيع فهي في الحقيقة مشروط بصحة البيع المفروض انتفاؤها ، فتنتفى حينئذ الاذن ، ويكون كفاقد الاذن في شمول أدلة الضمان له ، وهو يعينه جارفي المقام وقياس السفيه على المجنون الذي لا يعقل معه الخطاب المشروط . واضح الفساد ، ضرورة كون السفيه مكلفاً قابلاً للخطاب ، وإن حجر عليه في التصرف في المال .

واغرب من ذلك ما عساه يظهر من إطلاق المصنف وغيره ، من عدم الضمان مع الجهل أيضاً ، بل صريح القواعد ومحكي المبسوط ، والتحرير ، و التذكرة ، وجامع المقاصد ، والكفاية ، ولعله ظاهر المسالك أيضاً قال : « وجهه أن البايع قصر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بأن العوض المبذول منه ثابت أم لا ؟ فهو مضيع لماله » .

وفيه منع كون ذلك مسقطاً لحرمة المال ، مع عموم أدلة الضمان ، وقد يفرض عدم التقصير المزبور أيضاً ، ولعله من هنا حكى في التذكرة عن بعض الشافعية أن السفيه إذا أتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر ، ثم قال : « ولا بأس به » بل خص في اللمعة الضياع وعدم الضمان بالمعامل العالم ، بل نص في الروضة لو كان جاهلاً بحاله كان له الرجوع مطلقاً ، لعدم تقصيره ، بل عن الأردبيلي أنه تأمل في صورة العلم أيضاً لأنه صار سفيهاً أيضاً ، إلا أنه استظهر عدم الضمان ، ثم قال : « الذي يختلج في صدرى ضمانه مع علمه ، أي السفيه بعدم صحة هذا العقد وعدم صحة التسلط إلا أن يكون المسالم إليه عالمًا وقبضه إياه » فتأمل هذا كله إذا قبضه بالاذن .

و أما إذا كان قد قبضه بغير إذن ، فالمتجه فيه الضمان ، لعموم أدلته ، و عدم صدور غير العقد القاسد من المالك ، و هو لا يقتضى الاذن فهو حينئذ كما لو أتلف ما لم يؤذن له فيه ، وهو الظاهر من المصنف ، بل هو صريح غيره ، بل لأجد فيه خلافاً بيننا و بين غيرنا ، سوى ما عن الازديلي من أن الظاهر عدم الضمان ، لأن المالك قد ضيعه على نفسه باجراء العقد المسلط عرفاً على القبض ، وفيه ما لا يخفى ، خصوصاً بعد أولوية السفيه في الضمان من الصبي و المجنون اللذين قيل يلزوم الضمان عليهما لو فرضنا كذلك .

و مما ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو افترض السفيه وأتلف المال ، و إن صرح في القواعد أيضاً بعدم الضمان فيه على كل حال ، لكن فيه ما تقدم ، مضافاً إلى ما ذكره في اقتراض المملوك و اتلافه له على نفسه من دون إذن سيّده من ضمانه ، و أنه يتبع به العتق ، إذ السفيه إما أولى منه أو مساو له ، ولولا تصريح البعض هنا بعدم الضمان ولو فك الحجر ، لا يمكن تنزيل كلامهم على عدم الضمان فعلاً ، بحيث يؤدي من ماله .

و على كل حال فالذي ينبغي مراعاة الضوابط بعد فرض عدم الاجماع في المقام إذ دون ثبوته على الوجه المشرخرط القنادر فتأمل جيداً والله أعلم .
 ﴿ و ﴾ مما ذكرنا يعلم الحال فيما ﴿ لو أودعه ﴾ انسان مثلاً ﴿ وديعة ﴾ مع العلم بحجره ﴿ فأتلفها ﴾ ولوم مباشرة لكن قال المصنف : ﴿ فيه ﴾ أي في ضمانه ﴿ تردّد ﴾ وخلاف ﴿ والوجه انه لا يضمن ﴾ كما عن ارشاد الفاضل ، للاصل ولتفريطه بالابداع بعد نهى الله تعالى من ابتاء السفيه المال ، فهو حينئذ سبب أقوى من المباشر .
 ولان اسماعيل بن الصادق عليه السلام ^(١) أراد أن يستبضع رجلاً فنهأه أبو عبد الله عليه السلام عن ذلك ، لأن ذلك الرجل كان يشرب الخمر ، فخالف واستبضعه ، فاستهلك ماله ، فحجّ أبو عبد الله عليه السلام ، و حج معه ابنه اسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول اللهم أجرني واخلف عليّ ، فلحقه أبو عبد الله عليه السلام ، فهمزه بيده من خلفه ، فقال له : مه يا بني فلا

والله مالك على الله حجة ، ولالك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته (الى ان قال) : فإن الله عز وجل في كتابه يقول « ولا تقوتوا السفهاء أموالكم ، فأى سفيه أسفه من شارب الخمر ، إن شارب الخمر لا يزوج ولا يؤتمن على أمانة ، فمن اتتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذى اتتمنه على الله عز وجل أن يأجره » .

وفيه أن الاصل مقطوع بأدلة الضمان كعموم من أتلف ونحوه ، والايداع من مكلف بعد أن لم يكن فيه إذنًا بالاتلاف ليس تفريطاً ليسقط معه حرمة المال ، ويخرج به عن عمومات الضمان ، ودعوى قوة السبب على المباشرة واضحة المنع ، كوضوح عدم دلالة الخبر المزبور الذى لا جابر له .

مضافاً إلى اشتماله على مخالفة اسماعيل لو والده ، والمعلوم من ورعه خلافه ، و إلى نفيه عن الدعاء الذى لا اشكال في جوازه له ، فظهر حينئذ قوة القول بالضمان وفقاً للتذكرة ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، والروضة ، ومجمع البرهان على ما حكي عن بعضها ، انه حينئذ كالغصب الذى لم أجد خلافاً في ضمانه ، بل هو منه ضرورة كون السفيه بالغاً عاقلاً ، بل لعله أفحش منه .

نعم لو كانت الوديعة مثلاً من مجنون أو طفل غير مميز اتجه حينئذ عدم الضمان بالاتلاف مباشرة ، فضلاً عنه بالتفريط ، كما عن التذكرة والتحرير ، للاصل بعد الشك في تناول عمومات الضمان له ، باعتبار قوة السبب على المباشر الذى هو كالحيوان ، فما عن بعضهم من الضمان مطلقاً ضعيف .

بل وما في المسالك من الفرق بين المباشرة والتفريط ، لأن الضمان بالثاني فرع وجوب الحفاظ المعلوم اتفاؤه عنها ، بخلاف الأول المبني على سببية الاتلاف للضمان ، وهى لافرق فيها بين التكليف وعدمه ، ولذا ضمننا لو أتلفه بلا إذن من المالك في أصل الاستيلاء بلا خلاف ولا إشكال ، لما قد عرفت من قوة السبب على مثل هذا المباشر ، وأنه كمالو أهمل ماله حتى أتلفته دابة الغير .

أما إذا كان السبب مميزاً فقد يقوى ضمانه بالمباشرة ، بل وبالتفريط بناء على أنه لا يقصر عنها ، لمنع قوة السبب هنا على المباشرة بعد استمرار السيرة على الاعتماد

عليهم في الحفظ ، وعدم التكليف لا ينافي الضمان حتى بالاهمال ، ودعوى - توقف صدق التفريط عليه - يمكن منعها ، ولذا يضمن الساهي والغافل والناسي ونحوها فتأمل جيداً والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ لا خلاف في أنه ﴿ لو فك حجره ﴾ بحصول الرشد ﴿ ثم عاد مبدئاً رآ ﴾ وقلنا بتحقيق السفه به ﴿ حجر عليه ، ولو زال فك حجره ولو عاد عاد الحجر ﴾ عليه ﴿ وهكذا دائماً ﴾ ضرورة اقتضاء وجود العلة وجود المعلول كنفها من غير فرق بين القول بتوقف حجره على حكم الحاكم وعدمه .

المسألة ﴿ الرابعة ﴾ قد أطلق الشيخ فيما حكى عنه هنا وكثير ممن تأخر عنه أن ﴿ الولاية في مال الطفل والمجنون للاب والجد للاب ﴾ بل هو معقد ما في المسالك ومحكي الكفاية من نفي الخلاف فيه ، بل هو معقد اجماع التذكرة ولا ريب فيه في الجملة ، بل عن مجمع البرهان كان عليه اجماع الامة .

مضافاً إلى النصوص المستفيضة ، في الاول بل ربما ادعى تواترها الواردة في النكاح ^(١) المدعى دلالتها على ما هنا بالأولوية ، وإلى خصوص النصوص ^(٢) الواردة في بحث أموال اليتامى والوصية وغيرهما من المباحث الكثيرة ، كما عن الرياض .

نعم قد يتوقف في خصوص من تجدّد جنونه بعد بلوغه ورشده الذي هو أحد أفراد ذلك الاطلاق ، لانقطاع ولايتهما حينئذ عنه ، فيندرج تحت عموم ولاية الحاكم الذي هو نايب الأصل ، بل جزم به في المحكي من جامع المقاصد ومجمع البرهان بل عن ظاهر الأخير ونكاح المسالك أنه لا خلاف فيه ، بل ربما استظهر من بعض مواضع نكاح التذكرة الإجماع عليه ، وإن كان المحكي عنها فيه أيضاً عكس ذلك ، كما أن المحكي عن إيضاح النافع أن المشهور في باب النكاح عدم الفرق ، وعن غيره العكس أيضاً . وعلى كل حال فلا ريب في قوة رجوع أمره إلى الحاكم إن لم يكن في النصوص إطلاق يعتمد عليه ، فإنها لم تحضرنا جميعاً الآن ، والأحوط توافقهما معاً ، وقد يتوقف

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد .

(٢) الوسائل الباب ١٥ - من ابواب عقد البيع وشروطه .

أيضاً في ولايتهما مع فسقهما أيضاً خصوصاً إذا كان يظن معه أو يقطع بالاضرار ، وإن كان مقتضى الاطلاق ذلك ، بل عن نكاح التذكرة الاجماع على الولاية مع الفسق .

نعم من الفاضل أنه تردد في ذلك في وصايا القواعد بل عن الوسيلة اشتراط العدالة ، والايضاح «الاصح» أنه لا ولاية للأب والجد مادام فاسقاً ، لأنها ولاية على من يدفع عن نفسه ، ولا يعرب عن حاله ، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه .

ولعل التحقيق عدم اشتراط العدالة ، للأصل والاطلاق ، ولكن متى ظهر للمحاكم ولو بقرائن الاحوال الضرر منهما عليهما عزلهما ، ومنعهما من التصرف حسبة ، وإن علم عدمه أقرهما ، وإن لم يعلم حالهما فربما قيل بالاجتهاد في حالهما ، فيتبع سلوكهما وشواهد أحوالهما ، ويمكن عدم اعتبار ذلك عملاً بالاطلاق ، بل لعله الأقوى .

وأما ما يظهر من المصنف وغيره من اشتراكهما في الولاية على معنى نفوذ تصرف السابق على كل حال فلا أجد فيه خلافاً ، بل عن ظاهر نكاح المسالك الاجماع عليه ، لأنه مقتضى ثبوت الولاية لكل منهما ، بل مقتضاه أيضاً البطلان لواقترنا ، لعدم الترجيح كما هو ثالث الاقوال في المسألة ، وقد قيل : بترجيح الجد لثبوت ولايته على الاب في بعض الاحوال ، وللنصوص المستفيضة في باب النكاح^(١) والاجماع المحكية ، فيثبت في المقام بالأولوية ولعله لذا قال الكركي في المحكي من تعليقه على الارشاد بعد ان اعترف بعدم تصريح للأصحاب هنا بذلك : كلامهم في باب الأنكحة يقتضيه ، مشيراً إلى الأولوية المزبورة وقيل بتقديم ولاية الأب لشدة اتصاله ، وكون ولاية الجد بواسطته ، والجميع كما ترى حتى الأولوية المزبورة ، بناء على عدم حججة كل ظن للمجتهد ، ودعوى حصول القطع أو دليل معتبر عليها من إجماع ونحوه يمكن منعها ، بل اطلاق كلامهم ، في المقام يقتضى ما ذكرنا ، فتأمل جيداً .

وكيف كان ففي تعدى الحكم إلى أب الجد وجد الجد وإن علامع الأب نظر ولعل اطلاق القائل يقتضيه نعم قد يتوقف في تقديمه على من هو أدنى منه ، لعدم

(١) الوسائل الباب ع- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد .

انسياقه من الأب فتأمل جيداً .

وعلى كل حال ﴿فإن لم يكونا فلولوصي فإن لم يكن فللحاكم﴾ أي الثقة المأمون الجامع للشرائط بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل ولا إشكال ، فإن لم يكن الحاكم فظاهر جملة من العبارات الممثلة للأولياء ، عدم الولاية حينئذ لا أحد ، بل هو صريح المحكي عن ابن ادريس ، وهو كذلك بالنسبة إلى الأم وغيرها من الاخوة والاعمام والاقوال وغيرها ، بل خلاف أجده ، بل عن التذكرة الاجماع عليه في الأم ، بل عن مجمع البرهان أنه اجماع الأمة .

نعم قد يقال : إن قاعدة الاحسان ولاية المؤمنين بعضهم على بعض ولزوم التعطيل بل و الضرر في كثير من الموارد قيل : بل و حكاية فعل الضرر يقتضي ثبوتها لعدول المؤمنين ، بل ربما يرشد إلى ذلك .

صحيح ابن بزيع^(١) وقال : إن رجلاً من أصحابنا مات ولم يومر فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فسير عبد الحميد ابن سالم القيم بماله ، و كان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه في بيعهن إذ لم يكن الميشت صير إليه ، وكان قيامه بأمر القاضي ، لأنه فروج ، فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام فقلت جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصي إلى أحد وخلف جواري فيقيم القاضي رجلاً منا لبيعهن أو قال : يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فماترى في ذلك ؟ فقال : إذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد بن سالم فلا بأس .

وخبر سماعة^(٢) ورفاعة سأله عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصية وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ فقال : إن قام رجل ثقة فقااسمهم ذلك فلا بأس ، قيل : ومثله صحيح ابن رثاب^(٣) والمناقشة فيه باحتمال كون ذلك إذناً

(١) الوسائل الباب ١٦ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ٢- .

(٢) الوسائل الباب ٨٨- من ابواب احكام الوصايا الحديث ٢- لكن فيه عن

زرعة عن سماعة .

(٣) الوسائل الباب ٨٨- من ابواب احكام الوصايا الحديث ١- .

خاصاً من إمام الوقت كما ترى ، فالقول به حينئذ لا يخلو من قوة ، وفقاً لصريح بعض الأصحاب ، بل نسب إلى مشهورهم ، بل ربما نسب ذلك إليهم ، والله أعلم .

وأمّا السفيه والمفلس فالولاية في مالهما للمحاكم لا غير ﴿ بلاخلاف أجده في الثاني ، وقد تقدم الكلام فيه سابقاً ، بل والأول إذا كان متجديداً بعد البلوغ ، عدا ما عن الكفاية ، والرياض من إرسال قول فيه بعود ولاية الأب والجد عليه ، ولم تتحققه لاحد ، كما لم يعرف له دليلاً صالحاً لقطع الأصل فمن الغريب ميل بعض متأخري المتأخرين إليه ، التفاتاً إلى كونه في التزويج كذلك ، وإلى ما عن التذكرة من الإجماع ، وفيه بعد تسليم الملازمة أو الأولوية منع كونه في التزويج كذلك .

وما عن التذكرة من الإجماع في المقام بل المحكي عنها مع أنه إطلاقاً ولم تتحقق ، وفي التزويج أيضاً ، بل وفي المجنون مضطرب لا يصلح للفقهاء التعويل على أمثاله ، بل ربما حكى عنها معقد إجماع على خلاف ذلك ، وكيف يسوغ لها أولغيرها دعوى الإجماع في المقام ، بحيث يشهد عليها ، مع ظهور كلمات الأصحاب في خلافه ، بل عكسه مظنة الإجماع ، بل لأبأس على من يدعيه في المقام .

وبالجملة فلاريب في أن الولاية في ماله للمحاكم الذي هو ولي من لولي له ، بعد أن لم يثبت بدليل شرعي ولايتهما عليه ، بل الدليل وهو الأصل على خلافه ، إنما الكلام فيمن اتصل سفهه ببلوغه ، فإن ظاهر المصنف وغيره ممن أطلق كاطلاقه أن ولايته للمحاكم أيضاً ، بل عن بعضهم التصريح بهذا الإطلاق ، بل ربما نسب إلى الأشهر بل قيل : إن وجهه ظاهر ، بناء على توقف الحجر عليه ، ورفع عنه عليه ، إذ يكون الأمر حينئذ في ماله إليه ، بل ربما جعل ذلك دليلاً للمدعي .

إلا أن ذلك كله كما ترى ، ضرورة اقتضاء الاستصحاب ثبوت ولايتهما التي هي المنساقه من آية الإيناس ^(١) المحكي تفسيرها عن الباقر عليه السلام ^(٢) بالعقل وإصلاح المال

(١) سورة النساء الآية ٥- .

(٢) تفسير البرهان - ج ١ ص ٣٢٥ .

و عن الصادق عليه السلام (١) بحفظ المال ، و من خبر هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام (٢) « و إن احتلم ولم يونس منه رشداً و كان سفيها فليمسك عنه ماله و ليه ، إذ لا ريب في ظهورهما في إرادة الولي قبل البلوغ ، سواء كان الأب أو الجد أو الحاكم أو غيره ، فإنه المخاطب بامساك المال وحفظه حتى يرشد ، و التكاليف لا تنافي المناسق ، و توقف الحجر على السفيه و رفعه على الحاكم مع أنه يمكن منعه في المتصل سفيه ، بل عن التذكرة التصريح بعدم توقف رفعه عليه ، لا يقتضى ثبوت الولاية للحاكم في المال ، ولعله لذلك و غيره جرح جماعة من المحققين بثبوت الولاية لهما في الغرض ، و عن التذكرة أنه نفى عنه البأس في آخر كلامه ، و عن الشهيد أنه حكاه عن ابن المتوج ، بل عن مجمع البرهان أنه مما لا خلاف فيه و لا نزاع ، و عن تكاح المفاتيح لا خلاف في ثبوت الولاية لهما على السفيه والمجنون مع اتصال السفه والجنون بالصغر ، والظاهر عدم إرادته خصوص التكاح ، مع ما عن بعضهم من أنه لا فرق في هذا النزاع بين التكاح والمال ، بل قد عرفت دعوى أولوية المال منه .

لكن الانصاف تحقق الخلاف في المال كما عرفت ، ومنه يظهر ما عن تكاح الرياض وثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه و جنون اجماعاً ، حتى لو أراد خصوص التكاح ، إذ الظاهر تحقق الخلاف فيه أيضاً .

وعلى كل حال فالتحقيق ما عرفت : و إن كان كلمات الاصحاب في المقام والتكاح لا تخلو من اضطراب ، و حينئذ فوصيتهما أولى من الحاكم ، كما أن الجد أولى من وصي الأب بلا خلاف ولا إشكال ، والله أعلم بحقيقة الحال .

المسألة الخامسة لا خلاف في أن السفيه كالرشيد بالنسبة إلى العبادات **﴿ إذا أحرمت بحجة ﴾** و **﴿ وعمره ﴾** و **﴿ واجبة ﴾** ولو بالتذر قبل الحجر أو سببه **﴿ لم يمنع مما يحتاج إليه في الاتيان بالغرض ﴾** و إن زاد على نفقة الحضر ، لكن لا يمكنه من الاتفاق ، بل يتفق عليه و ليه أو وكيله **﴿ و إن أحرمت تطوعاً فان استوت نفقته**

(١) الوسائل الباب ٤٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث ٦- و ١٣- .

(٢) الوسائل الباب ٤٢- من ابواب احكام الوصايا الحديث ٩- .

سفرًا وحضرًا لم يمنع ﴿ منه أيضًا ، بلا خلاف أجده فيه ، لعدم الضرر ، وإلاً منع خلافًا للمحكي عن الأردبيلي فلم يمنعه وإن زاد ، وهو مع أنه لم يجده موافقاً - مناف لحكمة الحجر ، ولذا يمنع من التذرع بالصدقة بعين ماله ، وبناء المساجد والقناطر ونحو ذلك ، واحتمال اختصاص منع السفية بالتصرف المنافي خاصة لا الأعم منه و الموافقات العقلية مناف للكلمات الأصحاب ، وعموم أحكام الشرع بل ولحكمة الحجر فلا ينبغي التوقف فيما نحن فيه .

نعم إذا لم يتفاوت بين السفر والحضر لم يمنع لعدم الضرر قيل : ﴿ وكذا إن أمكنه تكسب ما يحتاج إليه ﴾ بل نفى الخلاف عنه بعض مشايخنا ، لكن قد يشكل بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به أيضًا . وأجيب بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالاً وبعدم صار محتاجاً إلى زيادة النفقة على أن الاكتساب غير واجب على السفية ، وليس للولي قهره عليه ، فلا يلزم من صرف ما يحصل به انلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به .

وفيه إنما يتم لو لم يمكنه العود أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال ، وإلا لم ينفعه احتياجه إلى النفقة والاكتساب ، وإن كان غير واجب عليه ، ولا يقهر عليه إلا أنه إذا اكتسب باختياره تحقق المال ، ولزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج مثلاً أو قبله ، ولم يمكن العود إلا بصره زال الاشكال ، ويمكن حمل عبارات الأصحاب على ذلك أو نحوه .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو لم يكن كذلك ﴾ بل احتاج في السفر إلى ما يزيد على نفقته في الحضر من ماله المحجور عليه ﴿ حله الولي ﴾ من الاحرام محافظة على ماله ، بل في القواعد ومحكي المبسوط ، والتحرير ، أحله بالصوم ، و ظاهرهما تعيينه به ، دون الهدى ، مراعاة لحفظ المال ، لكن عن الشهيد أني لم أقف على كون التحليل بالصوم إلا من طرق العامة .

نعم ، روى معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١) ، « في الحصر ، ان لم يجد هدياً قال : يصوم » ، وفي كتاب المشيخة لابن محبوب روى صالح بن عامر عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل خرج معتمراً واعتل في بعض الطريق وهو محرم قال : ينحر بدنة ويحلق رأسه ، ويرجع إلى أهله فلا يقرب النساء ، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً » . قلت : الظاهر إرادة من أطلق التحليل بالصوم ما صرح به بعضهم من كونه عشرة أيام من دون اعتبار التوالي والزمان ، وأنه في الحج ، كما أن الظاهر بناء ذلك على أن لدم الاحصار بدلاً ، وعن بعضهم أنه استقرب عدمه ، واستشكل الفاضل فيه في القواعد حينئذ فينبغي بقاؤه محرماً إلى زمان الفك كما صرح به بعضهم ، وقد يقال : إنه يتعين حينئذ على الولي تحليله بالهدى إذا فرض نقصانه عن زيادة النفقة ، لأنه صار ولو بالعارض مثلها ، بل لولا ظهور اتفاق من تعرض للحكم هنا على ذلك أمكن المناقشة في أصل تحليل الولي له ، لأنه بالاحرام صار الزايد كالنفقة ، وربما يؤيده في الجملة ما تسمعه من المصنف من تردده في كفارة اليمين مثلاً بالمال ، فتأمل جيداً . وعلى كل حال فظاهر من تعرض للحكم هنا صحة إحرامه وإلا لم يحتاج إلى تحليل الولي ، وهو كذلك ، إذا انتهى عن أمر خارج عن ذات العبادة ، بل وعن شرطها ، لأن المندوب لا يشترط فيه المال فينعتد ، وإن كان للولي التحليل تداركاً للزائد . والله أعلم .

المسألة **﴿السادسة﴾** لا خلاف بل ولا اشكال في أن السفية **﴿إذا حلف﴾** مثلاً على فعل شيء أو تركه مما لا يتعلق بماله المحجور عليه **﴿انعتدت يمينه﴾** لأنه بالغ عاقل مكلف وإنما هو ممنوع في خصوص التصرف المالي **﴿و﴾** هذا ليس منه . نعم **﴿لو حنت كفر بالصوم﴾** كما صرح به الفاضل و ثاني الشهيدين ، والشيخ فيما حكى عن مبسوطه من غير تردد ولا نقل خلاف ، لأنه بمنعه من التصرف المالي كان كالعبد والفقير ونحوهما **﴿و﴾** لكن قال المصنف : **﴿فيه تردد﴾** ولعله لوجوب الكفارة عليه حينئذ و الفرض أنه مالك ، فتخرج من ماله كغيرها من الواجبات من

(١) الوسائل الباب ٧- من ابواب الاحصار والصد الحديث ٢- .

الزكاة والخمس ومؤنة الحج والكفارة السابق سببها .

وفيه أن هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره ، فلا تصرف له في المال ، وإنما الحاكم به الله تعالى ، بخلاف ما نحن فيه مما كان سببه مستنداً إلى اختياره ، بل لو أخرج ذلك من ماله أمكن أن يجعله وسيلة إلى إذهابه ، لأن مقتضى السفه توجه صرفه على ما لا ينبغي ، ومن ذلك تعرف الحال في كفارة نذره وعهده وعوده في ظهاره ، وافتطاره في شهر رمضان ، بل قيل : وقتل الخطأ ، بل في المسالك أنه يقرب من هذا البحث الكلام في الاتفاق على من استلحقه من الأتساب باقراره والله أعلم .

المسألة (السابعة) لا خلاف أيضاً ولا إشكال في أنه ﴿ لو وجب له القصاص جاز أن يعفو ﴾ على غير مال فضلاً عنه ، بناء على أنه الواجب في العمد لأحد الأمرين كما هو المعروف عندنا ، بل ظاهر المسالك الإجماع عليه ، لأنه ليس تصرفاً مالياً ، و في المسالك « أنه به بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل الواجب في العمد أحد الأمرين ، القصاص أو المال ، فلا يصح عفو عنه » قلت : يمكن القول بجواز عفو عليه أيضاً ، بعد فرض التخيير وعدم عد ذلك تصرفاً مالياً ، وقد تقدم نظير ذلك في المفلس هذا .

﴿ و ﴾ قد ظهر لك من ذلك كله أنه ﴿ لو وجب له دية ﴾ أو أرض ﴿ لم يجز ﴾ له العفو ، بلا خلاف ولا إشكال ، لأنه من التصرف المالي الممنوع عنه .

المسألة (الثامنة) يختبر الصبي ﴿ لمعرفة رشده ﴾ قبل بلوغه ﴿ كما صرح به جماعة ، بل لأجد فيه خلافاً . بل في المسالك هذا مما لا خلاف فيه عندنا ، إنما خالف فيه بعض العامة ، ونحوه المحكى عن المفتيخ ، بل عن ظاهر التذكرة وغاية المراد الإجماع عليه ، ولعله ظاهر كل من قصر الخلاف على بعض العامة ، فتأمل الاردبيلي فيما حكى عنه في غير محله .

نعم قديق الاختبار بعد البلوغ إذا اتفق عدمه قبله لعارض ، أو أن الواقع منه قبله لم يفد الرشد ، أو نحو ذلك ، فما عن كنز الفوائد - لعبيد الدين - والفخر في الأيضاح ، والشهيد ، وابن المتوج من حمل ما في القواعد من الإشكال في صحة البيع

الاختبارى و عدمه على ما بعد البلوغ لو اتفق ظهور السفه ، أو لم يظهر الرشد - ليس خلافاً فى المسألة عند التأمل .

نعم قيل : قد ينافيه المرسل عن أبى جعفر عليه السلام ^(١) « قال فى قوله تعالى « و ابتلوا » من كان فى يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح ، و يحتلم ، فإذا احتلم و وجب عليه الحدود ، وإقامة الفرائض ، ولا يكون مضيقاً ، ولا شارب خمر ، ولا زانياً ، فإذا آتس منه الرشد دفع إليه المال ، و أشهد عليه ، فإذا كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ ، فليمتحن بريح إبطه أو نبت عاتيه . و إذا كان ذلك فقد بلغ ، فيدفع إليه ماله إذا كان رشيداً » الحديث .

وفيه أنه يمكن منع ظهوره فى مخالفة الأصحاب ، لا احتمال إرادة أنه إذا كان قد آتس منه الرشد بالاختبار السابق دفع اليه المال ، والامتحان بريح الإبط لا يقضى بإرادة ذلك من الابتلاء فى الآية ، وبعد التسليم فليس جامعاً لشرائط الحجية ، وقد أعرض عنه الأصحاب ، فهو حينئذ من الشواذ خصوصاً مع مخالفته لظاهر الآية ، ضرورة ظهورها فى كون غاية الاختبار البلوغ ، قيل : لأن حتى ابتدائية ، إذ ما بعدها جملة شرطية ، والجزاء جملة أخرى شرطية ، وهى « فإن آتستم » ، فالفاء الأولى جواب الشرط الأول ، والثانية جواب الثانى .

فما عن الاردبيلي - من أن ظاهر قوله « فإن آتستم » إلى آخرها يدل على دفع المال بعد ايناس الرشد بلا فصل ، فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ ، و هو منفي بالاجماع ، على أن المعلوم عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ فكأنه مقيد بعدم الرشد ، وعدم صدق اليتيم على البالغ ، يدفعه أنه لا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتيم .

لا يخفى عليك ما فيه ، وظهور الآية فى تسليم المال بعد ايناس الرشد مسلم ، لولا الشرط الآخر وهو قوله « إذا بلغوا النكاح » ، فإن المراد اختبارهم قبل البلوغ إليه ، فإن

كان قد بلغوا وقد آنستم منهم رشداً بالاختيار السابق فادفعوا إليهم أموالهم ، ومعلومية عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ لا يقضى بكونه بعده ، بل المراد أن هذا محله الذي يتعقبه تسليم المال بعد البلوغ بلا فصل إذا فرض حصول الرشد منه ، وصدق اليتيم على قريب العهد مجاز لاداعي اليه ، بل قد عرفت وجود الداعي إلى خلافه ، من اتفاق الاصحاب ظاهراً كما أنك عرفت تمام الكلام في الآية في البحث عن علامات البلوغ فلاحظ .

مضافاً إلى ما في تأخير الاختبار بعد البلوغ إلى حصول الضرر بالحجر على مال البالغ ، خصوصاً إذا طال الزمان ، ولاملازمة بين ابتلائه قبل بلوغه ، وبين صحة معاملاته المعلوم اشتراطها بالبلوغ ، إذ الاختبار أعم من ذلك قطعاً لاحتمال حصوله بالمساومة والمماكسة خاصة ، وبالتواطى من الولي والبايع فيما هو مال الطفل ، ونحو ذلك بل يحصل الابتلاء بغير العقود ، والقول بشرعية أفعال الصبي لمدخلة له في الصحة ، إذ ذاك في العبادات ، وإذن الولي - مع أنه غير محقق لما عرفت من أعمية الاختبار من العقد - لا تجدى في غير البالغ ، سواء كانت سابقة أو لاحقة كما هو واضح .

وعلى كل حال فيما سمعت يعلم أن ما عن المبسوط والجماعة من ذكر كيفية الابتلاء لا يريدون به الخصوصية قطعاً ، قال في الأول : الإيتام على قسمين ذكور واثاث ، فالذكور على ضربين يضرب يبذلون في الاسواق ويخالطون الناس بالبيع والشراء وضرب يسانون عن الاسواق فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق ويساوم في السلع ويقاوم فيها ولا يعقد العقد ، فإن رآه يحسن ذلك ولا يغبن فيه علم أنه رشيد ، وإلا لم يفك عنه الحجر ، وقيل : أنه يشتري له بغير أمره ويواطى البايع على بيعها من اليتيم وينقذه الولي ليشتريها منه ، وقيل : إنه يدفع إليه شيء من المال يشتري به سلعة ، ويصح شراؤه للضرورة ، فيجيز .

وإن كان اليتيم ممن يسان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء فإن اختبارهم أصعب ، فيدفع الولي إليهم نفقة شهر يختبرهم فينظر ، فإن دفعوا إلى أكرتهم وغلماهم وعمالهم ومعاملتهم حقوقهم من غير تبذير ، واقتطوا في النفقة على أنفسهم في مطالعهم

ومكاسبهم سلم إليهم المال .

وأما الأناث فإنه يصعب اختبارهن في دفع إليهن شيئاً من المال و يجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن ، فإن غزلن واستغزلن ونسجن واستنسجن ولم يبدرن سلم المال اليهن ، فإن كن بخلاف ذلك لم يسلم اليهن ، وزاد بعضهم أنه لا بد من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظن ، ليعلم الاتصاف بالملكة ، ولعله مراد المبسوط أيضاً ، إذ من المعلوم عدم إرادة الخصوصية ، بل لعل غير الفقيه أعرف منه في طرق الاختبار المفيد لذلك ، ومن هنا لا ينبغي مناقشة في ذلك ، ولا في ذكر الغزل والاستغزال للأناث ، مع أن ذلك غير واجب في الرشد ، وبنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهن .

وبالجملة البحث في ذلك ليس وظيفة الفقيه ، ولذا خلت عنه النصوص وبعض الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه كما هو واضح ، قال في القواعد : « ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات ، فإن عرف منه جودة المعاملة وعدم المغاباة إن كان تاجراً أو المحافظة على ما يتكسب به ، والملازمة إن كان صانعاً وأشباه ذلك في الذكر والاستغزال والاستساج في الأنثى إن كانت وأشباهه حكم بالرشد ، » إلى غير ذلك من عباراتهم التي ربما يوهم بعض ما فيها ذلك ، لكن التأمل الصادق قاض بإرادة ما ذكرنا ، وقد سمعت فيها تقدم عبارة المصنف فتأمل جيداً ، وأما ما حكاه من القول بصحة بيعه للضرورة والأمر بالابتلاء ، فمع أنك قد عرفت ما فيه ولم تتحققه لأحد من أصحابنا عدا ما يحكي عن التحرير من الحكم بها .

نعم قد يظهر من قول المصنف ﴿ وهل يصح بيعه ؟ الأ شبه أنه لا يصح ﴾ بيعه نوع تأمل فيه . بل قيل : إن الحكم بها هنا أولى منها في مطلق بيع المميز الذي أفتى به بعضهم ، وتردد فيه الفاضل في القواعد ، ومن هنا حمل ما فيها في المقام من قوله بعد العبارة السابقة التي حكيناها عنه « وفي صحة العقد حينئذ إشكال » على ذلك ، فيكون وجه الاشكال حينئذ معلومية اشتراط البلوغ في الصحة ، والضرورة مع الامر بالابتلاء ، و كونه أولى من المميز ، لكن جماعة قد استبعدوا الاشكال في ذلك ، على وجه لم يرجح ، فحملوا العبارة على ما بعد البلوغ ، فظن بعض الناس أن

ذلك حينئذ خلاف من العلامة ، و منهم في محل الاختبار ، و أنه عندهم بعد البلوغ ، و قد عرفت عدم ذلك عندنا ، و إنما هو لبعض العامة .

والتحقيق ما ذكرناه سابقاً من أنه لو حملت على ما بعد البلوغ يمكن أن لا يكون خلافاً ، بل يكون وجهه حينئذ فيما لو اتفق وقوع الاختبار بعد البلوغ لعارض من العوارض التي قد منها سابقاً ، و يكون الاشكال حينئذ فيما لو صادف التصرف ظهور سفهه أو عدم ظهور ررده ، فقد يقال بالصحة حينئذ لاصالتها ، وإطلاق الأدلة ، والأمر بالابتلاء ، والاضطرار إلى الاختبار ، ولأن الفرض وقوع الاختبار بإذن الولي ، فتكون عقوده حينئذ معاجبة للأذن ، و لغير ذلك ، و قد يقال : بالفساد ، لمعلومية اشتراط الرشد في البيع والعلم بانتفائه بل الشك فيه كاشف عن تزلزل العقد السابق ، و إن كان قد وقع مع الجهل بالحال .

نعم لو صادف الرشد واقعاً أتجه الصحة ، ولإطلاق ما دلّ على بطلان معاملة السفه المنصرف إلى الواقع ، بل عن الشهيد أن الأقوال في الفرض ثلاثة : الصحة مطلقاً لأمر الشارع بذلك ، والبطلان مطلقاً ، لاعتبار الرشد ، والثالث إن ظهر الرشد ظهرت الصحة ، و إن ظهر السفه ظهر البطلان .

قلت : قد عرفت وجه الثالث بل والاول الذي هو قوي بناء على حصول الأذن من الولي في ذلك ، و إن كان للاختبار ، أما الثاني فهو واضح الفساد ، و كيف كان فحمل العبارة على ذلك ممكن وإن كان بعيداً ، بل ربما نوقش فيما سمعته من وجوه الاشكال ، و أنه يتعين الصحة حينئذ للأذن من الولي ، والأمر سهل بعد أن اوضح لك تحقيق الحال ، والله هو العالم .

كتاب الضمان

﴿الضمان﴾ الذي هو عندنا على ما اعترف به غير واحد منّا مشتق من الضمن لأنه ينقل ما كان في ذمته من المال ، ويجعله في ضمن ذمة أخرى ، أو لأن ذمة الضامن تتضمن الحق ، فالتون فيه أصلية .
 خلافاً لما ساعن أكثر العامة من أنه غير ناقل ، وإنما يفيد اشتراك الذمتين ، فاشتقاقه من الضم ، والتون فيه زائدة ، لأنه حينئذ ضم ذمة إلى ذمة ، فيتخير المضمون له في المطالبة .

و فيه ما لا يخفى من منافاة وجود التون في جميع تصاريفه ، الابدعوى اشتقاق ما فيه التون من الخالي عنها ، وهو كما ترى .

ومن صعوبة تحقيقه في نحو ضمان النفس ، وظهور قوله ﷺ^(١) «الزعيم غارم» في اختصاص الغرم به ، ولغير ذلك مما هو في مذهب الخصم ، بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتين فصاعداً بمال واحد ، وقد بينّا أن المشغول به في تعاقب الأيدي على المنصوب ذمة واحدة ، وهو من تلف في يده المال مثلاً ، وإن جاز له الرجوع على كل واحد ، وإلا فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا .

وأما الثمرات على القولين فهي واضحة: منها صحة الدور فيه على مذهبنا - كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه ، دون مذهبهم - والتسلسل كأن يضمن أجنبي الضامن وهكذا لتحقيق الشرايط عندنا ، فيرجع حينئذ كل ضامن مع الآخر بما أداه على الذي ضمن عنه ، لأعلى الأصيل ، وفي الأول يسقط الضمان ، ويرجع الحق كما كان .
 نعم يترتب عليه أحكامه كظهور اعسار الأصيل الذي صار ضامناً الموجب لخيار المضمون له في فسخه ، والرجوع إلى المضمون عنه الذي صار ضامناً ، ولا خلاف في شيء من ذلك بيننا ، إلا ما يحكى عن المبسوط من منع الأول لاستلزامه صيرورة الفرع

(١) المستدرك ج ٢ - ص ٢٨٩ .

أصلاً ، وبالعكس ، ولعدم الفائدة ، ورد بأن الأول غير صالح للمناعية ، والثاني بذلك وبما سمعته من الفائدة .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ هو ﴾ بالمعنى الأعم الشامل له بالمعنى الأخص والحوالة والكفالة ولو على جهة المجاز ﴿ عقد شرع للتعهد بمال أو نفس ﴾ أو اثر العقد أو غيرهما على حسب ما عرفت البحث فيه في كتاب البيع ﴿ والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال ، وقد لا يكون : فهنا ثلاثة أقسام ﴾ .

التعهد بالنفس ، وهو الكفالة ، والتعهد بالمال ممن ليس عليه ، وهو الضمان بالمعنى الأخص الذي يدخل فيه ضمان الأعيان بناء عليه ، وممن عليه له مال ، وهو الحوالة ، ولكن سيأتي صحة الحوالة على البرى ، إلا أن هذا التقسيم جار على محل الوفاق ، أو باعتبار هذا القسم من الحوالة ، وكون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضماناً خاصاً وحوالة ، يسهل معه الخطب .

وعلى كل حال ﴿ القسم الأول : في ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال ، وهو المسمى بالضمان بقول مطلق ﴾ الذى هو المعنى الحقيقي المتبادر عند الاطلاق ، وما تقدم سابقاً من تقسيم الضمان إلى الثلاثة لا ينافي ذلك ، إذ يمكن أن يكون بحسب المعنى المجازى بالعارض ، وإن كان هو في الاصل المعنى الحقيقي ، إلا أنه قد يهجر أو أنه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى العام والخاص ، والاشتهار أحد قرائن تعيين الثاني عند الاطلاق ، أو أنه باق على الاشتراك المعنوى ، إلا أن الاشتهار قرينة على إرادة تعيين الأخص عند الاطلاق .

لكن في المسالك « أن الحوالة والكفالة فردان حقيقة بالنسبة إلى مطلق الضمان وإن كانا مجازين بالنسبة إليه بالمعنى الاخص ، نحو ما قيل في تقسيم مطلق الماء إلى المضاف والمطلق ، وإن كان الأول مجازاً بالنسبة إلى الماء المطلق » .

وفيه ما لا يخفى إن لم يرجع إلى ما ذكرنا من منافاته للاصطلاح ، وكونه فرداً حقيقياً للمعنى المجازى لا يقتضى اطلاقه عليه حقيقة كما هو واضح ، ومطلق الضمان إنما هو مفهوم لالفظ خاص ، إذ الكلام في لفظ الضمان عند الاطلاق ، ولعله لذا قال

بعد ذكر ما سمعت « وفيه بحث » .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ فيه بحث ثلاثة ﴾ إذ البحث في الصيغة و في اعتبار لفظ خاص فيها وعدمه قد تقدم في الكتب السابقة ، ويأتي إنشاء الله تعالى بعض الكلام فيه .

﴿ الأول: في الضامن ولا بد أن يكون : مكلفاً ﴾ لما مر غير مرة من سلب عبارة غيره في أمثال المقام ، بل لا بد أن يكون مع ذلك ﴿ جائر التصرف ﴾ الشامل للمقام وحينئذ ﴿ ف ﴾ لا إشكال في أنه ﴿ لا يصح ضمان الصبي ولا المجنون ﴾ ولو مع إذن الولي .

﴿ ولو ضمن المملوك لم يصح ﴾ إلا بإذن مولاه ﴿ وفقاً لجماعة . منهم الشيخ ، والفاضل في بعض كتبه ، والشهيد ، والكركي على ما حكى عن بعضهم لما ذكر في جملة من الكتب مما لا حاصل له بل لما في الآية ^(١) من «عدم قدرته على شيء» المستدل بها على ما قيل في كثير من النصوص على منعه من تصرف غير المال ، فضلاً عنه ، فيعلم منها - مضافاً إلى ظهور اللفظ في نفسه - عدم اختصاص النفي بالمال ، بل يكون ذلك هو الأصل فيه إلا ما خرج . وما ثبت في ذمته قهراً من عوض الإتلاف ونحوه لا ينافي ذلك ، ضرورة عدم كون ذلك من قدرته ، وإنما هو من جعل الشارع ، ولا أقل من الشك لذلك في تناول العمومات لمثله ، فيبقى أصل بقاء الحق على حاله .

خلافاً للمحكي عن التذكرة ، والمختلف ، فيصح للعمومات السالبة عن معارضة الملكية المقتضية للمنع من التصرف المتنافي لحق المولى ، ضرورة أنه على الصحة يتبع به بعد العتق ، وهو غير منافي لشيء من حقوق السيد .

وفيه : أن نفي القدرة على شيء أعم من ذلك نعم إذا أذن له مولاه صح عندنا في محكي المبسوط ، بل قولاً واحداً في محكي التذكرة ، للعمومات بعد معلومية وجود الذمة له القابلة لذلك ، بدليل ثبوت عوض ما تلغه من المال فيها ، إنما الكلام

(١) سورة التحل الآية ٧٥ - .

في تعلق ذلك مع الاطلاق بكسبه ، كما عن أحد قولي الشافعية ، بل أرسل القول به في جملة من كتب أصحابنا ، وإن كنا لم نتحققه ، أو في ذمته ويتبع به بعد العتق كما هو مقتضى قول المصنف .

﴿ويثبت ماضنه في ذمته ، لافي كسبه إلا أن يشترطه في الضمان باذن مولاه﴾
 بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه ، والشهيد في اللعة ، أو يكون على المولى كما لو أذن له في استدانة لمصالح نفسه ، إذ الضمان قسم منها ، كما عن أبي علي ، بل مال إليه في جامع المقاصد والمسالك ، بل زاد الأول منهم أنه إذا كان السيد مملوكاً ، يبيع العبد وأدى ثمنه في كفالاته عن المعسر ، مع أن العبد لا يباع في الدين ، أو يتعلق برقبته ذمته كأرض الجناية كما عن بعض الشافعية ، بل في المحكي عن سختين من التحرير ذلك إلا أن الظاهر إرادة ذمته منها ، لعدم الدليل على ذلك ، بعد حرمة القياس عندنا ، ومعلومية كون الضمان نقل الدين من ذمة إلى ذمة كما أنه لا يخفى عليك ما في سابقه ، ضرورة كون البحث في الإذن من السيد بالضمان ، على أن يكون الدين في ذمة العبد ، لأنه وكيل عنه في ذلك أو كالوكيل ، على أنه فرق واضح بين اطلاق الإذن في المقام ، وبينه في الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة ، على أن يملك صاحبها مثلها أو قيمتها في ذمة المستدين ، والعبد لا قابلية له لذلك ، لما حرره من عدم ملكه لشيء ، فلا وجه لاطلاق الاستدانة ، إلا على السيد بخلاف المقام الذي لا ملك فيه ، فما في المختلف وغيره . من بناء الحكم هنا على الحكم هناك الذي لم يخالف في كونه على المولى إلا النادر - في غير محله قطعاً ، فليس الشك حينئذ إلا في القولين الأولين ، والأول منهما وإن كان لم يعرف القائل به من الأصحاب إلا أنه لا يخلو من قوة ، إن كان المراد به عدم جواز منع السيد له إذا أراد وفاء ذلك من كسبه ، باعتبار حصول الإذن منه في إثبات ذلك في ذمته ، فيتعلق به حينئذ خطاب وفاء الدين ، كما أنه يتعلق به خطاب مطالبة الديان .

إما لاستفادة الإذن عرفاً في ذلك من الإذن في الضمان ، أو لترجيح أدلة وفاء الدين والمطالبة به على ما دل على تسلط السيد على عبده باعتبار حصول الإذن منه

المقتضية زوال الحجر عنه ، و صيرورته بها كالحجر المعسر مثلاً الذي يجب عليه التكسب في وفاء دينه ، أو لا يمنع من ذلك لو أراد .

ومن ذلك يظهر لك ما في جملة من الكلمات المذكورة في المسالك وغيرها ، حتى ما ذكر دليلاً للمصنف من أن الإذن في الضمان أعم من الإذن في الوفاء من كسبه الذي هو أحد أموال السيد ، بل أقصاها صيرورة ذمة العبد قابلة لتبوت ذلك فيها ، إذ هو جيد مع تصريح المولى بذلك ، أما مع الإطلاق فالمفهوم عرفاً تبعية خطاب الوفاء والمطالبة لها على الوجه الذي سمعته ، بل قد يستأنس له في الجملة بشبوت الكفارة عليه بالإذن له في الإحرام ، و حرمة قطع الصلاة عليه بالإذن له بالدخول فيها ، و نحو ذلك مما يتبعه الحكم الشرعي بعد الإذن من السيد في موضوعه و عنوانه ، هذا كله مع الإطلاق ، أما مع الاشتراط فلا إشكال بين من تعرض لذلك في صحته حينئذ و تعلقه و يكون كما لو شرط الضمان من مال بعينه الذي أشار إليه المصنف بقوله .

﴿ وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين ﴾ وإن كان لا يخفى عليك الفرق بين الموضوعين ، ضرورة كون الثاني اشتراط كون الضمان في مال معين من أموال الضامن ، وستمع تحقيق الحال ، بخلاف المقام ، فإن الكسب ليس من أموال العبد ، والقرص أن الضمان في ذمته فهو حينئذ نحو الضمان في مال الغير باذن الغير وقد يستشكل في صحته ، اللهم إلا أن يجعل كإرهان مال الغير بأذنه ، على أن الكسب ليس مالا موجوداً في الخارج ، وإنما هو متجدد آناً فآناً ، ويمكن عدم حصوله أصلاً ، فالوجه حينئذ جعل هذا الشرط على إرادة الإذن من السيد في وفاء ما ضمنه من كسبه ، ورفع الحجر عنه في ذلك ، وحينئذ فلو اعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب لم يكن إشكال في بقاء الحق عليه ، فيجب عليه أدائه من كسبه ، أو من غيره من المال الذي يحصل له ، لكن في المسالك « هل يبقى التعلق به بعد العتق أم يبطل الضمان لفوات المحل المعين لأداء المال ، لأنصراف الإطلاق إلى الكسب الذي هو ملك المولى ، و قد فات ، الظاهر من كلامهم الأول ، فإن ذلك هو معنى : فإذا أعتق صار كسبه وما في يده سواء ، ومع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسباً ، وإن أطلق

عليه لغة ، لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته ، لأن السيد لاحق له فيه ، فلا مدخل لإذنه فيه ، والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيء ، اللهم إلا أن يقال : بصحة ضمانه بغير إذن سيده كما مر ؛ فهنا أولى .

قلت : ما استظهره من كلامهم كذلك ، وهو دليل على إرادة ما ذكرناه من الشرط المزبور ، لأنه من قبيل الضمان في مال بعينه وإلا لآتجه فيه ما تسمعه من الكلام في ذلك . ثم قال : ويتفرع على ذلك مالومات العبد قبل إمكان الأداء ، فهل يلزم المولى الأداء لما بقي يحتمله ، لأن إذنه له في الضمان في كسبه كإذنه في الضمان في مال بعينه من أمواله ، فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمة صاحب المال على الخلاف ؛ ولو قلنا بعدم عوده إليه فلا إشكال ، ويحتمل عدم لزومه للمولى ، وإن قلنا به ثمة ، لأن الكسب ليس كمحض مال السيد ، بل حق له ، ولهذا قيل : لو أعتق بقي متعلقاً بكسب المعتق فدلّ على أنه لم يتعلق بالمولى محضاً ، وليس في كلام الأصحاب هنا ما يدلّ على شيء وإن كان الوجه ابتناؤه على مسألة تعيين الأداء من مال بعينه .

وهو من غرائب الكلام ، إذ المفروض أن العبد هو الضامن ، لا المولى ، فأى وجه لاحتمال عود الضمان إلى المولى بموت العبد ، نعم يتوجه ضياع المال على صاحبه إلا إذا أراد به استيفاءه من الحقوق نحو الضامن المعسر كما هو واضح ، ولو فرض المقام على وجه يكون كاشتراط الضمان من مال بعينه ، لم يكن بد من إجراء ما تسمعه فيه ، ولا معنى حينئذ لدعوى ظهور كلامهم في بقاء التعلق مع العتق .

وأما الكلام في اشتراط الضمان في مال بعينه فلا أجد خلافاً في صحته ، لعموم^(١)

« المؤمنون » وغيره ويتعلق حق الدين المضمون به .

لكن في المسالك وغيرها : هل هو تعلق الدين بالرهن ؟ أو تعلق الأرض بالجاني ؟ وجهان مأخذهما أن الضمان ناقل للدين إلى ذمة الضامن ، لأن موضعه إنما هو الذمة وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة الآن فيه ، لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها ، وأن الضامن لم يشغل ذمته على الإطلاق ، وإنما حصر الاستحقاق في المال المعين ،

(١) الوسائل الباب ٢٠ - من أبواب المهور الحديث ٣ - .

وجعله متعلق بحق المضمون له ، فينحصر حقه فيه ابتداء ، من غير تعلق بالذمة .
ويظهر الفائدة في أمور منها : التلف بغير تفريط ، فعلى الأول : ينتقل إلى
ذمة الضامن ، لأن تلف الرهن لا يسقط الحق ، وعلى الثاني : إلى ذمة المضمون عنه ،
لأن فوات العبد الجاني إنما يسقط الحق عن مالكه ، و مالك المال هنا هو الضامن ،
فيسقط عنه .

و أما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالاً تاماً ، لأنه لم يتعلق
بذمته ، وإنما تعلق بمال تعلقاً ضعيفاً ، فإذا مات عاد إلى مالكه ، مع احتمال السقوط
عنهما في الموضعين على التقديرين ، أما عن الضامن فلا نه لم يقدم على الضمان إلا في ذلك
المال ، ولم يلتزم الأداء من غيره ، عملاً بالشرط و قد فات فيبطل الضمان و يعود إلى
ذمة المضمون عنه ، و أما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني ،
فلا أن الضمان لما كان ناقلاً برعت ذمة المضمون عنه بالضمان كيف كان ، فلم يبق
للمضمون له عليه حق ، ولا الضامن إلا بما أدى ، ولم يحصل .

لكن لا يخفى عليك ما في أصل الاحتمال الثاني ، ضرورة عدم صلاحية الضمان
لإثبات مثل هذا التعلق بعد أن كان هو نقل الدين من ذمة إلى أخرى ، وكذلك الشرط
الذي هو بمعنى الالتزام ، وعلى تقديره فلا وجه لاحتمال عوده إلى ذمة المضمون عنه ،
بعد انتقاله عنها إلى المال المخصوص ، و إنما المتجه أن يقال : إن هذا الشرط إما
أن يكون من المضمون له ، أو الضامن ، أو منهما ، فإن كان الأول تخيير مع تلفه
في فسخ الضمان ، والعود إلى المضمون عنه وعدمه ، والزام الضامن الأداء من غيره ،
وإن كان الثاني تخيير الضامن ، و إن كان الثالث تخيير كل منهما على قاعدة فوات
الشرط في غير هذا المقعد من العقود اللازمة ، إذ هو بناء على ما ذكرناه من عدم مشروعيته
بالمعنى المزبور لا معنى له لاشتراط الأداء من المال المخصوص ، ويمكن رجوع ماعن
التذكرة من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقاً إلى ما قلناه بناء على عدم اختياره
الفسخ ، كما أن ما عن الشهيد في بعض فتاواه من اختيار بطلان الضمان كذلك ، على
معنى اختياره الفسخ ، بل هو أولى بما في المسالك - من أنه « يمكن دفع المناقاة بين

تعلق الذمة والمال المعين مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه . بأن يجعل التعلق بالذمة مشروطاً بالأداء من المال عملاً بمقتضى الشرط أو يجعل هذا تعلقاً برأسه خارجاً عن التعلقين ، إذ لا دليل على الانحصار فيهما ، وإنما هو من مناسبات الشافعية وحينئذ فيجعل التعلق مخصوصاً بالعين وفاء بالشرط ، فإن التزام المال من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن ، ولادلّ عليه لفظ « إذ هو كما ترى ، بعد ما ذكرنا ، مضافاً إلى معلومية أن تعذر الشرط في العقود اللازمة إنما يقتضى انتفاء اللزوم لا الصحة ، وإلاّ كان تعليقاً كما هو محرّر في محله ، فالتحقيق ما ذكرناه ، ولا ينافيه دعوى عدم قابلية عقد الضمان للخيار كالنكاح والوقف ، ونحوهما ، إذ هي مجرد دعوى لاسندلها ، بل مقتضى العمومات خلافها .

وبذلك كله ظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامه ومن تبعه ، بل و فيما لم نذكره فلاحظ وتأمل وحينئذ فلا ريب في اكمال الضامن مع نقصان المال الذى تعلق الضمان به ، كما أنه لا ريب في كونه المطالب بتحويله إلى جنس الحق ، لما عرفت من كون المال في ذمته ، وهو المخاطب بأدائه من هذا المال .

ومن الغريب احتمال عدم ضمانه النقصان ، كاحتمال براءة ذمة الضامن والمضمون عنه بتعذر المال المشترط فيه الضمان المتقدم سابقاً ، إذ هما منافيان لأصول والضوابط ثم لا يخفى عليك أن اقتصار المصنّف على المملوك في التفريع على ما ذكره من جواز التصرف مشعر بجواز الضمان من المفلس بل والسفيه ، وأنهما ليسا بمنوعين منه ، بل هما جائزا التصرف بالنسبة اليه ، وهو كذلك في المفلس ، وإن كان لا يشارك المضمون له الفرءاء .

أما السفيه فقد أطلق غير واحد عدم جواز ضمانه ، لأنه تصرف مالى كالاقتراض والهبة ، و هو كذلك لكن ربما احتتمل الجواز برضى المضمون له على ان يتبعه به بعدفك الحجر ، لكن كما ترى ، ضرورة أنه مع الحجر عليه لا تقبل ذمته ذلك على وجه يكون من ديونه ، بحيث يتعلق بتركته بعد موته مثلاً ، وإلاّ لجاز بيعه كذلك كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لا يشترط علمه ﴾ أى الضامن ﴿ ب ﴾ اسم ﴿ المضمون له ﴾ و نسبه ﴿ ولا المضمون عنه ﴾ كذلك كما في الخلاف والغنية، والتحرير، والارشاد، والمختلف، وجامع المقاصد، والمسالك، والروضة، والكفاية، والمفاتيح، والرياض على ما حكى عن بعضها، بل نسبه بعضهم إلى الأكثر، بل في محكي التذكرة لو ضمن الضامن عن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا .

﴿ و قيل ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه و تبعه المقداد في المحكي عن تنقيحه ﴿ يشترط ﴾ علمه بذلك، لحصول المعاملة بين الضامن وبينه، فافتقر إلى معرفته للحاجة، وللغرر والضرر بدون ذلك، ولينظر هل يستحق ذلك عليه أولا، ولا أنه احسان ولا بد من معرفة محله، وإلا لجاز وضعه في غير أهله فلا يستفيد إلا محمدا اللثام .

﴿ و ﴾ لا ريب في أن ﴿ الأول أشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده التي منها العمومات السالبة عن معارضة ما يقتضى ذلك، ضرورة عدم اقتضاء المعاملة بينهما المعرفة المزبورة، كالبيع، والاجارة، وغيرهما، ولا نهى عن الفرر المزبور الذي قد أقدم عليه الضامن، والنظر في استحقاق ذلك لو سلمنا اعتباره، لا يقتضى اعتبار المعرفة المزبورة على أنه يمكن معلوميته بدونها، والاخير لا يستأهل جوابا، كل ذلك مضافا إلى المنقول من ضمان أمير المؤمنين عليه السلام ^(١) الدرهمين عن ميت امتنع رسول الله ﷺ عن الصلاة عليه، وضمان قتادة ^(٢) الدينارين عن آخر كذلك .

﴿ لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد إلى الضمان عنه ﴾ بلا خلاف ولا اشكال، ضرورة عدم العبرة بالقصد إلى ضمان المبهم المتردد في الواقع، لعدم الدليل عليه، بل ظاهر الأدلة خلافه، بل لعله من المقطوع به إلا أنه أشكله في المسالك بمنع توقف القصد على ذلك، فإن المعتبر القصد إلى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا في الذمة، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فالدليل إنما دل على اعتبار القصد في العقد، لا فيمن كان عليه

الدين ، فلو قال لشخص مثلاً إني أستحق في ذمة شخص مائة درهم فقال له آخر :
ضمنتها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان ، عن أي من كان عليه الدين ، ولا دليل على
اعتبار ما زاد عن ذلك .

وفيه : انك قد عرفت بكون المراد الامتياز عند الضامن على وجه لا يكون مبهما
بحيث لا يصح معه القصد إلى الضمان ، كما لو قال : ضمننت لك أحد دينيك مثلاً ، فلا
يرد المثال الذي ذكره ، لأنه من الممتاز على وجه يصح للضامن قصده ، وإن لم
يكن معلوماً له بعينه .

نعم لو أراد الضامن الضمان ممن هو متشخص عنده لم يكتف بذلك قطعاً ، وإلى
ما ذكرنا يرجع ما عن التذكرة حيث قال : «وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره ،
الاقرب العدم ، بل لو قال : ضمننت لك الدين الذي لك على من كان من الناس جاز ،
نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن معه القصد
إلى الضمان عنه ، لو لم يقصد الضمان عن أي من كان» .

فمن الغريب ما في المسالك من دعوى موافقة هذا الكلام من التذكرة لما اختاره
لما ذكره المصنف وهو عند التأمل الصادق عين ما في المتن .

و اغرب من ذلك ما وقع من بعضهم من أنه بناء على اعتبار القبول لفظاً - كما
عليه الأكثر وإن لم يصرحوا به ، لمكان تصريحهم بأنه عقد لازم - اقتضى ذلك تمييزه
لازيد من ذلك ، وإن لم يعتبره كما يدل عليه واقعة الميث المديون^(١) الذي امتنع
النبي ﷺ من الصلوة عليه حتى ضمنه على ﷺ لم يعتبر علمه بوجه ، وهذا هو
الظاهر من عبارة المصنف حيث اعتبر رضاه ولم يعتبر فيه عقداً ولا قبولاً مخصوصاً ،
ولا امتيازاً هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه ، إذ لا يخفى عليك أنه لا إشكال في اعتبار
القبول فيه ، لأنه لا إشكال في كونه من العقود ، ولكن ذلك لا يقتضي المعرفة المزبورة
فيصح حينئذ ضمانه له وإن لم يشخصه ، وإن حصل القبول منه .

(١) الوسائل الباب ٣- من ابواب احكام الضمان الحديث ٢- .

نعم لا بد من الامتياز الذي ذكرناه للمقابل بالابهام ، ولعل اقتصار المصنف على ذكره في المضمون عنه للإكتفاء عنه في المضمون له بذكره سابقاً أنه من العقود ، ولا ريب في اقتضاها ذلك قطعاً في أركانها التي منها المضمون له ، وبما يذكره الآن من اعتبار رضا المحتمل ، أو المظنون ، أو المقطوع إرادة القبول منه المتوقف على التمييز المزبور قطعاً .

بل لا بد فيه من نظم العقد حينئذ بالارتباط بالعربية بل والماضوية والصراحة الوضعية ، بناء على اعتبارهما و غير ذلك مما يعتبر في العقد اللازم ، وإن كان الذي قدمناه سابقاً التوسعة عندنا لفظاً إيجابيه وقبوله ، وأنه يكفي كل مادل على ذلك على حسب غيره من الخطابات ، من غير فرق بين الحقيقة والمجاز والماضوية وغيرها وقد اشبعنا الكلام فيه والمقام احد أفراده وبذلك كله بان الكلام في جميع أطراف المسألة وإن ذكر في الرياض أن فيها أقوالاً أربعة :

وفي اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب ، كما عن المبسوط أو بما يتميزان به عن الغير خاصة كما في اللمعة أو العدم مطلقاً كما عن الخلاف ، وفي الغنية وهو ظاهر العبارة ، وصريح الشرايع والفاضل فيما عدا المختلف والمسالك والروضة ، أو يعتبر معرفة الأول بما يتميز خاصة دون الثاني كما في المختلف - أقوال أربعة أجودها ثالثها .

لكن لا يخفى عليك مافيه ، بل وما في مختاره بعد الإحاطة بما ذكرناه ، كما أنه لا يخفى ما في حكايته عن المختلف بعد ملاحظة آخر كلامه ، بل ولا ما في تحريره الخلاف المزبور على الوجه المذكور ، بل لولا شهرة حكاية الخلاف عن المبسوط لا يمكن حمله بقرينة تعليله على إرادة معلومية الحق ، وهو غير ما نحن فيه .

❖ و ❖ كيف كان فلا إشكال بناء على ما عرفت في أنه ❖ يشترط رضا المضمون له ❖ في صحة الضمان ، بل لا خلاف معتد به أجده فيه ، بل في محكي التحرير والغنية الإجماع عليه ، وهو الحجة بعد الأصول المقتصر في الخروج عنهما على الضمان

برضا المضمون له ، وصحيح ابن سنان^(١) عن الصادق عليه السلام « في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغماء ؟ فقال : إذا رضى به الغرماء فقد برعت ذمة الميت » و في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام^(٢) « وإن كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته ، وقبلت ضمانه فالميت قد برأ ، وقد لزم الضامن ردّه مضافاً إلى ما في اتقال الدين من ذمة المديون إلى أخرى بدون رضى الديان من الفساد ، وضياح حقوق الناس المعلوم ضرورة من الشريعة خلافه ، و إلى ما يشعر به ما تسمعه من خبر عبدالله بن الحسن^(٣) و غير ذلك ، فما عساه يظهر مما عن الخلاف - من أن اعتبار رضاه أولى من الخلاف في ذلك - واضح الفساد .

و أغرب من ذلك الاحتجاج له بضمان أمير المؤمنين عليه السلام^(٤) و أبي قتادة^(٥) الدين عن الميت ، ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له - الذي هو بعد الغض عن سند روايته - لادلالة فيه على ذلك ، بل لعله دال على خلافه ، ضرورة اشتماله على وقوع الضمان الذي هو عبارة عن الإيجاب والقبول من المضمون له ، والإيجاب وحده ليس بضمان ، فلا حاجة حينئذ الى الجواب بأنها واقعة لعموم فيها ، وبأن ذلك إما يدل على عدم البطلان قبل علمه وردّه ، ونحن نقول بموجبه ، لأنه صحيح ، ولكن لا يلزم إلا برضى المضمون له ، وبأن النبي صلى الله عليه وآله قد قبل ، لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، وبحصول إذن الفحوى من المضمون له ، وبغير ذلك مما لا يخفى عليك ما فيه بعد معلومية امتناع النبي صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه من جهة شغل ذمته ، و أنها برعت بالضمان ، فصلّى والضمان الفضولي لا يفيد براءة فعلية ، و أن ولاية النبي صلى الله عليه وآله في غير قبول العقود ، و الفحوى لا تكفي في تحقق البرائة فعلاً فالتحقيق حينئذ في الجواب ما عرفت .

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من ابواب الدين والقرض الحديث - ١ - .

(٢) المستدرک ج - ٢ - ص ٤٩١ - .

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب احكام الضمان الحديث - ١ - .

(٤) (٢) (٥) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب احكام الضمان الحديث - ٢ - ٣ - .

وأغرب من ذلك الاستدلال له بموثق «اسحاق بن عمار»^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: علي دينك؟ قال: يبرؤه ذلك وإن لم يوفقه وليه من بعده، وقال: أرجو أن لا يأتني وإنما ائمه على الذي يحبسه، الذي هو مطلق محمول على المقيّد، وبموثق الحسن بن الجهم^(٢) «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولدًا رجلاً ونساءً وصبياناً فجاء رجل منهم فقال: انت في حلّ مما لا أخوتني وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال تكون في سعة من ذلك وحلّ، قلت: وإن لم يعطهم قال: ذلك كان في عنقه، قلت: فإن رجع الورثة علي فقالوا: أعطنا حقنا فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك وبين الله فأنت في حلّ منها إذا كان الرجل أحلك يضمن رضاهم، قلت: فما تقول في الصبي، لأمه أن تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه، قلت: فإن لم يكن لها مال قال: فلا، قلت: فقد سمعتك تقول أنه يجوز تحليلها، فقال: إنما أعنى بذلك إذا كان لها مال». .

ومصحيح حبيب الخثعمي^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه؟ قال: لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء قال: قلت: أرايت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم». .

الذي لا يخفى عليك مخالفة ظاهر الأول للاجماع، باعتبار اشتماله على الإبراء من دون إذنهم، وإنما ضمن رضاهم، وهو ليس من الضمان المصطلح، وتأويله بالضمان من دون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم، ولكن لا يثبت له على ذلك، فكان في الحكم الظاهر لهم مطالبته مع إنكارهم لذلك.

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الدين والقرض الحديث ٢ - .

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الضمان الحديث ١ - باختلاف يسير .

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام الوديعة - الحديث ١ - .

وأما الثاني فليس دالاً إلا على جواز الأخذ من الوديعة إذا لم يكن له مال، وكان قد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه، ولأرب أنه خارج عما نحن فيه، و محمول على إذن المودع بذلك.

فمن الغريب وسوسة بعض متأخري المتأخرين في الحكم المزبور لذلك، مما هو غير صالح لمعارضة بعض ما عرفت، خصوصاً بعد كون المسألة من قطعيات الفقه وضرورياته، بل لعل الوسوسة فيها جهل بمذاق الفن ومذاق الشرع، بل قد عرفت أنه لا بد من رضى المضمون له بعنوان القبول الذي يتم به العقد، لما عرفت من المفروغية عن كون الضمان عقداً محتاجاً إلى الإيجاب والقبول، بل لا بد فيهما من جميع ما هو معتبر في العقود اللازمة من الاتصال والعريية وغيرهما.

نعم يقوى عندنا فيه وفي غيره من العقود اللازمة عدم اعتبار لفظ مخصوص ولا هيئة مخصوصة، بل كلما أفاد إنشاء ذلك ولو بالجملة الاسمية، أو بالمجاز أو نحو ذلك، كما أوضحناه في البيع وغيره.

ومنه يعلم حينئذ تحقق عقد الضمان بنحو «علي» دين زيد» أو عندي أو نحوهما مما يقصد به إنشاء التعهد بذلك، وقرنه القبول من المضمون له، فما عن الإيضاح والمقدس الأردبيلي - من اعتبار الرضا دون القبول العقدى، لأنه التزام أو إعانة للمضمون عنه، وتوثيق للمضمون له، وليس هو على قواعد المعاملات - واضح الضعف كقول العلامة في القواعد «وفي اشتراط قبوله احتمال» إذ الجميع كما ترى، ضرورة عدم منافاة التوثيق **﴿و﴾** نحوه للعقدية، إذ هو حينئذ كالرهن، بل أولى لما فيه من انتقال المال من نعمة إلى نعمة أخرى، على أن الأصل عدم ترتب شيء عليه، إذالم يكن بصورة العقد.

نعم **﴿لأعبرة برضا المضمون عنه﴾** بلاخلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه **﴿لأن الضمان كالفضاء﴾** للدين المعلوم عدم اعتبار الرضا فيه، ولا إطلاق الأدلة وعمومها، ولما سمعته من واقعة ضمان أمير المؤمنين **﴿عليه السلام﴾** **﴿و﴾** غيره عن الميث، بل **﴿لو أنكر﴾** وأبى **﴿بعد الضمان لم يبطل﴾** على الأصح **﴿للأصل وغيره من الأدلة﴾**

التي سمعتها ، خلافاً لما في النهاية قال : « ومتى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ، وقبل المضمون له فقد تبرأ المضمون عنه ، إلا أن ينكر ذلك ويأباه ، فيبطل ضمان المتبرع ، ويكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان » .

وربما تبعه عليه غيره ، لكن لم نجد له دليلاً ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، وأنه لا عبرة برضاه ، ولارده وإياؤه مانع ، سواء كان ذلك قبل الضمان أو بعده ، ومما سمعته من النهاية يعلم إرادة مفسرناه من الإتيان في عبارة المتن ، لاجتماع ضمان الضامن الذي قد يفرض اعترافه بالضمان ، على أنه لا وجه لاحتمال بطلان الضمان بذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ مع تحقق الضمان ﴾ الجامع لشرائط الصحة ﴿ ينتقل المال إلى ذمة الضامن ويبرأ المضمون عنه ﴾ حينئذ ﴿ تسقط المطالبة ﴾ من المضمون له ﴿ عنه ﴾ لعدم الحق له في ذمته ، بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا ولا إشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعله من ضروريات الفقه .

نعم قد عرفت مخالفة الجمهور - في ذلك ، باعتبار أن الضمان عندهم ضم ذمة إلى ذمة أخرى وبطلانه ، ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن ﴾ من هذه الحيثية ﴿ على قول مشهور لنا ﴾ بل مجمع عليه بيننا ، ضرورة عدم المحل للبراءة المزبورة بعدما عرفت من براءة ذمته بالضمان عندنا ، وإنما محلها حينئذ ذمة الضامن ، فإذا أبرأه برأهما معاً ، وإن كان الضمان بالاذن ، لعدم استحقاق الرجوع عليه إلا بالأداء الذي قد انتهى محله بالبراءة ، فينتفي الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا براءة ذمته من المضمون له .

نعم قد يقال باستفادة براءة ذمة الضامن من براءة ذمة المضمون عنه ، وإن لم يكن لها محل ، باعتبار ظهور ذلك في إرادة رفع اليد عن هو عليه ، وإن كان متعلقها المضمون عنه ، إلا أن ذلك لو سلم فهو خروج عما نحن فيه ، ضرورة كون المراد من الحيثية المزبورة ، لامن حيث دعوى دلالة العرف على إرادة البراءة للضامن أيضاً ، مع أنها واضحة المنع على مدعيها مع عدم القرائن ، وكل ذلك تفريع على مذهبنا .

أما على مذهب الجمهور فلا إشكال في صحة البراءة المزبورة ، لأن الحق باق

عندهم . بل المحكي عنهم ان براءة ذمة الضامن لا يقتضى براءة ذمة المضمون عنه ، بخلاف العكس ، لأنها من قبيل الوثيقة عند الديان ، فتلقها لا يقتضى سقوط الحق بخلاف براءة ذمة المضمون عنه فانها تقتضى براءة ذمة الضامن التي هي وثيقة على ذمة المضمون عنه ، المفروض براءتها ، فتفك حينئذ الوثيقة ، وهي كما ترى قياس واستحسان . وتحدث لا يوافق أصول الشريعة وقواعدها ، ولعل قول المصنف على قول مشهور لنا إشارة إلى ما ذكرناه من الإحتمال ، لالوجود خلاف في المسألة ، إذ قد عرفت أنها من قطعيات فقه الشيعة أو ضرورياته .

﴿ و ﴾ كيف كان فلا خلاف عندنا في أنه ﴿ يشترط فيه ﴾ أي في لزوم الضمان ﴿ الملاءة أو العلم ﴾ من المضمون له ﴿ بالإعسار ﴾ والرضاء به ، بل عن ظاهر الغنية الاجتماع ، والسرائر نسبتها إلى أصحابنا وجامع المقاصد ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق ، ولعل ذلك مضافاً إلى قاعدة الضرر ، وبناء الضمان على الارتفاق ، وإرادة الأداء وما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم ^(١) المتقدم ، وما تسمعه من النصوص ^(٢) في العوالة الدالة على ذلك ، وهي أخت الضمان - دليل الحكم المزبور ، وحينئذ فإذا كان الضامن ملئاً أو معلوم الإعسار عند المضمون له لزم بالضمان بلا خلاف ولا إشكال .

﴿ أما لو ضمن ثم بان إعساره ، كان للمضمون له فسخ الضمان ، والعود على المضمون عنه ﴾ قيل : وليس هو كالبيع إلى أجل مثلاً فبان إعساره ، للفرق الواضح بينهما بالنسبة إلى الأداء ، لكن ذلك إذا كان معسراً حال الضمان ، أما إذا اتجدد فلا خيار لأصالة اللزوم ، بزقديقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره ، للأصل أيضاً ، ولا ينافي الخيار المزبور سبق رضى المضمون له لضمانه حال عدم العلم بإعساره ، كما أنه لا فرق في ثبوته بين إعسار المضمون عنه ، وعدمه ، لاطلاق الفتوى المقتضى أيضاً عدم الخيار مع الملاءة وإن لم يكن وفيه بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر ، أو تعسر الاستيفاء ، ولكنه لا يخلو من

(١) الوسائل الباب ٤- من أبواب أحكام الضمان الحديث ١- .

(٢) الوسائل الباب ١١- من أبواب أحكام الضمان .

نظر ، بل ظاهرهم أن الإيسار كاف في ثبوت الخيار المزبور وإن كان الضمان مؤجلاً
و أن اليسار حين الضمان كاف في لزومه وإن أعسر عند الاجل .
كل ذلك مع عدم العلم به كما عرفت ، وإلا فمع العلم به أو الرضا به على كل
حال فلا إشكال ، ^(٣) و قد احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه
بدين لهم ، فقال لهم : لا مال عندي فأعطيكم ، ولكن ارضوا بمن شئتم من ابني مسمى ،
على بن الحسين عليه السلام أو عبدالله بن جعفر ، فقال الغرماء : عبدالله بن جعفر ملي مطول ،
وعلى بن الحسين عليه السلام رجل لا مال له صدوق وهو أحبهما إلينا ، فارسل إليه فأخبره
الخبر ، فقال أضمن لكم المال الى غلة ولم تكن له غلة فقال القوم : قد رضينا وضمنه
فلما أتت الغلة أتاح الله له المال فأداه ، ثم إن هذا الخيار على الفور أو التراخي ؟
وجهان ذكرناهما في نظائره ، وقلنا : إن الأصل يقتضي الثاني منهما كما اعترف به
غير واحد .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿الضمان المؤجل﴾ للدين الحال ﴿جائز﴾ بخلاف
أجده كما اعترف به بعضهم بل ﴿اجماعاً﴾ كما في المسالك ومحكي التنقيح و
إيضاح النافع ، وغيرها ، للعمومات السالمة عن المعارض ، إذ هو تأجيل للدين ، لا تعليق
للضمان إلى الأجل ، واحتمال كون الضمان نقل الدين على ما هو عليه بحيث لا يختلف
في حلول وتأجيل لأقائل به ، ولا شاهد عليه ، بل مقتضى العمومات خلافه .
نعم هل يكون هذا الاجل للدين ، أو هو أجل للضمان ؟ وتظهر الثمرة فيما
لو أدى الضامن من قبل الأجل ، فإنه لا يستحق الرجوع على الأول ، بخلاف الثاني
الذي لا يخلو من قوة ، بل هو صريح المسالك وغيرها في المسائل الآتية ، وأما ضمانه
للدين المؤجل بأزيد من أجله أو مساويه أو أنقص فلا أجده فيه خلافاً محققاً كذلك ،
بل ظاهر المتن أنه من معقد الاجماع عليه ، بل يمكن دعوى الاجماع عليه ، بل عن فخر الاسلام
أن ضمان المؤجل بمثل أجله يصح إجماعاً وعن الشيخ وإيضاح النافع أن ضمان المؤجل
بأزيد من أجله يصح إجماعاً مضافاً إلى أنه مقتضى العمومات أيضاً .

نعم ربما ظهر من تعليل المنع في المسألة الآتية المنع في المساوى ، باعتبار عدم الازفاق فيه ، كما أنه يستفاد المنع فيما لو كان الأجل أنقص مما تسمعه من تعليل فخر الاسلام والكركى المنع في بعض الصور الآتية ، بأنه ضمان مالم يجب ، إلا أن الجميع ستعرف ضعفه ، على أنه لا معنى لاثبات الخلاف من أمثال هذه التعليقات والتي تذكر دليلاً للمخالف من غيره ، ومنه يعلم الجواز حينئذ في جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالآذن والتبرع .

﴿ وفي ﴾ الضمان ﴿ الحال ، تردد ﴾ وخلاف ، ففي محكي المقنعة والنهاية لا يصح ضمان نفس أو مال إلا بأجل ، وفي محكي الوسيلة إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال وعدة في محكي الغنية من شروط صحته أن يكون إلى أجل معلوم ، ثم عد شرطين آخرين ، وادعى الإجماع .

وظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل في الضمان على نحو اعتباره في السلم ، وهو الذى اثار اليه في المتن بقوله تردد ، ولكن ﴿ أظهره الجواز ﴾ وفقاً لغير من عرفت من الأصحاب ، حتى من الشيخ في المحكي عن المبسوط ، للعمومات السالمة عن معارضة ما يقتضى اعتبار الأجل فيه كالسلم ، وإجماع الغنية - بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له ، ومصير من عرفت من الأصحاب إلى خلافه - يضعف الظن به . بل في محكي السرائر «وقد يوجد في بعض الكتب لأصحابنا ، ولا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل ، والمراد بذلك إذا اتفقا على التأخير والأجل فلا بد من ذلك ولا يصح إلا بأجل محروس فأما إذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل ، وكذا إذا أطلقا العقد ، وإلى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه ، وهو حق اليقين ، لأنه لا يمنع منه مانع ، ومن ادعى خلافه يحتاج إلى دليل ولم نجده .

و مقتضى ذلك خروج المسألة عن الخلاف ، إذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك ، مؤيداً بعدم العثور على دليل يدل على اعتبار الأجل فيه ، نحو اعتباره في التسليم ، وحينئذ يكون وجه الخلاف في المسألة اعتبار الأجل في الضمان وعده ، وهذا هو الظاهر من العبارة من غير مدخلة لحلول الدين وأجله ،

فالمؤجل حينئذ جازز اجماعاً - من هذه الجهة ، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ،
و سواء اتفقا في الأجل أو اختلفا ، والحال فيه خلاف ، سواء كان الدين ، حالاً أو
مؤجلاً .

فمن الغريب ما في المسالك حيث أنه بعد أن ذكر الصور الاثنا عشر المتصورة في
المقام التي هي الضمان حالاً و مؤجلاً ، عن حال و مؤجل متساويين في الأجل أو
متفاوتين ، فهذه ستة ، وهي إما أن تكون عن تبرع أو سؤال المضمون عنه ، فيكون
اثنا عشر ، قال : و كلها جازز على الأقوى ، إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرز ،
إذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور ، و أن التعليل للمنع بالارفاق في المختلف
وغيره لا ينبغي أن يتصيد منه خلاف في المسألة .

نعم في ضمان المؤجل حالاً أو أقص من أجله خلاف من بعض المتأخرين
كالفتخر ، والكركي ، بل تستمع التردد فيه من المصنف في المسألة الثامنة ، لأنه ضمان
ماله يجب ، ولأن الفرع لا يرجع على الأصل ، ولأن مشروعية الضمان على نقل
الدين على ما هو عليه .

و فيه أن المضمون المال و الأجل إنما هو من التوابع والحقوق ، فمع الرضا
باسقاطه من الطرفين يسقط ، و يلزم سقوطه إذا كان بعقد لازم ، و هو واجب ، غاية
أنه موسع وذلك لا يخرج عن أصل الوجوب ، خصوصاً بعد التراخي باسقاط حق الأجل
الذي هو كما يثبت للحال بعقد يسقط أيضاً عن المؤجل به ، و قاعدة عدم رجحان
الفرع على أصله لا دليل عليها على وجه تجدي في المقام ، كدعوى أن مشروعية
الضمان على نقل الحق بوضعه إلى نعمة الضامن ، والحلول صفة مغيرة له ، فلا يشرع
فيه الضمان ، و فرق بين ضمان الحال مؤجلاً و بالعكس ، لعدم تشخيص المال بالحلول
الذي هو عدم الأجل بخلاف العكس ، إذ هي كما ترى لا حاصل لها ، و مرجعها معاً
إلى شرط في عقد الضمان مندرج تحت «المؤمنون»^(١) و «أوفوا»^(٢) و غيرهما من غير

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب المهور الحديث - ٣-

(٢) سورة المائدة الآية - ١ -

فرق بين إقتضائه تأجيل الحال وبالعكس ، و بذلك كله ظهر لك التحقيق في المسألة وتحرير موضع الخلاف فيها .

وأما احتمال المنع في ضمان الحال حالاً والمؤجل بمثل أجله أو أنقص الناشئ من تعليل المنع للضمان الحال في المختلف بالارفاق ، فليس خلافاً في المسألة ، وعلى تقديره فهو واضح الضعف ، ضرورة عدم ثبوت اعتبار الارفاق فيه على وجه يقتضى ذلك ، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائدة فيه بذلك ، كما هو واضح .

بقي الكلام في أنه لو ضمن المؤجل حالاً أو أنقص باذن المضمون عنه كذلك ، أو مطلقاً فهل يكون الدين على المضمون عنه كذلك أو فرق بين الاطلاق والتصريح فيحل ما عليه بالتالي ، لا الأول ، أو لا رجوع للضامن عليه وإن أدى إلا بعد انقضاء الأجل الأصلي للدين وجوه بل أقوال فتاوى الشهيدين و الفاضل في المحكي عن مختلفه ، و ظاهر تحريره بل قيل إنه الذي استقر عليه رأيه في التذكرة على الاخير منها ، لعدم المقتضى لسقوطه ، إذ الاذن للضامن بالضمان حالاً فضلاً عن الاطلاق أعم من ذلك ، بل أقصاه الحلول بالنسبة إلى ذمة الضامن ، دون ما في ذمته للضامن .

وفي محكي التنقيح الاول ، لأن الضمان في حكم الأداء و متى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلاً ففضاء استحق مطالبته ، ولأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الاذن ، و أما مع الاطلاق فلتناوله التعجيل الذي قد عرفت اقتضاه ذلك .

وعن ظاهر بعض المتأخرين الثاني ، ولعله الأقوى ، ضرورة عدم اقتضاء الاذن في الاطلاق التعجيل ، فلا دلالة فيه عليه ، فيكون كالتبرع به حينئذ و لعله لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع في الاطلاق ، و جعل الاشكال في التصريح ، بل هو المحكي عن التذكرة .

نعم لو فرض إرادة ذلك منه ولو بالقرائن اتجه حينئذ الرجوع به عليه ، لأنه كالصريح بالنسبة إلى ذلك ، و لعله لذا جزم به في محكي الايضاح بالرجوع مع التصريح ، و جعل الإشكال في الاطلاق ، من احتمال اقتضائه الاذن في التعجيل ، وعدمه

وقد عرفت عدم اقتضائه ذلك ، كما أنك قد عرفت عدم الاشكال في الرجوع مع التصريح خصوصاً اذا ضم إليه مع ذلك الرجوع عليه فعلاً .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا مكرراً أنه ﴿ لو كان المال حالاً ، فضمنه مؤجلاً ، جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ، ولم يطالب الضامن إلا بعد الاجل ﴾ بلا خلاف فيه عندنا ﴿ و ﴾ لا إشكال .

نعم قد عرفت أن هذا الاجل للضامن ، لا للدين فـ ﴿ لومات الضامن ، حل واخذ من تركته ﴾ و رجع الورثة على المضمون عنه ، وكذا لو دفع الضامن مـ مجلاً باختياره ، لا يسقط حقه ، بخلاف ما لو كان الدين مؤجلاً عن المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك ، فإنه يحلوه بموته مثلاً لا يحل على المضمون عنه لأن الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر .

﴿ ولو كان الدين مؤجلاً إلى أجل ، فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل ، جاز ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لكن إن أدى قبل حلول أجل الاصل ، لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلا بعده ، وإن أدى بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه ، فله المطالبة لأنه قد صار الأصل حالاً ، والقرض أداء الضامن واسقاط حق نفسه من الأجل الزائد ، وكذا القول لومات وأدى وارثه ، نعم لو قلنا بأن الأجل للضامن أجل للدين ، أتجه حينئذ مراعاته للمضمون عنه وإن حل على الضامن ، أو أسقطه كما هو واضح .

﴿ و يرجع الضامن على المضمون عنه ، بما أداه إن ضمن بآذنه ، ولو أدى بغير اذنه ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وفي الخبر ^(١) « سأله عن قول الناس الزعيم غارم ؟ فقال : ليس على الضامن غرم ، الغرم على من أكل المال » وفي آخر ^(٢) « عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه ؟ قال : ليس له إلا الذي صالح

(١) الوسائل الباب - ١ - من ابواب احكام الضمان الحديث - ١ - المستدرك ج ٢

ص ٢٩٧ وفيه قول الناس الضامن غارم .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب احكام الضمان الحديث - ١ -

عليه ، كل ذلك مضافاً إلى أصالة احترام مال المسلم ، و ضمانه إلا إذا بذله على جهة التبرع به ، والتأدية ، وإن كانت بغير اذنه ، إلا أن الضمان الذي هو سبب في وجوبها قد كان بإذنه ، بل في الحقيقة الآن فيه إذن فيها .

﴿ ولا يرجع إذا ضمن بغير اذنه ولو أدى بإذنه ﴾ بلا خلاف فيه أيضاً بل الاجماع بقسميه كذلك عليه ، والخبران منزلان على ما إذا أذن نعم قد يقال بالرجوع لو أدى بإذنه المصرح فيها بالرجوع عليه ، لقاعدة الاحترام المزبورة ، ولا يناقيا وقوع الضمان بغير اذنه ، فإنه لا يناقيا تبرع المضمون عنه بالوفاء ، فقوله حينئذ أدّ عني و ارجع به عليّ كقوله لأجنبني أدّ عن الضامن المتبرع و ارجع به عليّ ، فمع فرض تأدية الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه ، و بقصد الرجوع عليه ، يتّجه حينئذ رجوعه ، وإن كان أداء عن نفسه ، لكن من المتبرع به عنه ، فما عن بعض الناس من الاشكال - في الرجوع أيضاً في الصورة المزبورة التي مرجعها إلى الوعد ، لعدم دليل على الرجوع عليه بالقول المزبور - لا يخلو من نظر أو منع ، بعد ما عرفت والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا خلاف أجده في أنه ﴿ منعقد الضمان بكتابة الضامن ﴾ أو المضمون عنه مع عجزهما عن النطق ﴿ منضمة إلى القرينة الدالة ﴾ على قصد انشاء ذلك ﴿ لا مجردة ﴾ عن ذلك لاحتمالها حينئذ العينية وغيرها بل ظاهرهم ذلك وإن تمكن من التوكيل ، بل الظاهر عدم الفرق بينها وبين غيرها من الاشارات المفهومة ، لعدم ما يدل على اختصاصها بذلك ، بل العمدة في الاكتفاء بها - بعد عدم الخلاف فيه - فحوى الاكتفاء بإشارة الاخرس التي لا فرق فيها بين الكتابة وغيرها ، وقد تقدم في البيع ما يستفاد منه الاكتفاء بالكتابة مثلاً مع الاكراه على السكوت ظلاً وغير ذلك فلا حظ وتأمل .

البحث (الثاني في الحق المضمون)

﴿ وهو كل مال ثابت في النعمة ﴾ و مرجعه الى ما في القواعد من أن شرطه المالية والثبوت في النعمة وإن كان متزلاً كالثمن في مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول ، بل قيل : ان على الأول الإجماع ، معلوم ومحكي في ظاهر الغنية وغيرها ، بل فيها وغيرها أيضاً الإجماع صريحاً على الثاني وفي محكي التذكرة لو قال لغيره : مهما أعطيت فلانا فهو عليّ لم يصح إجماعاً ، هذا ولكن لم أجد تصريحاً في اندراج العمل في النعمة في المال وعدمه .

نعم في اللزمة أن ضابطه ما جاز عقداً الرهن عليه ، وربما يستظهر منه اندراجه فيه ، لكن عن التذكرة أن يكون مما يصح تملكه و بيعه ، وهو كالصريح في عدمه ، ولا ريب أن العمومات تشهد للأول ، بل هو من المال قطعاً لو كان منفعة دابة ، كلية مثلاً أو عبد كذلك ، بل لعل جميعه من المال ، بدليل جواز جعله عوضاً في البيع والنكاح والخلع وغيرها مما يعتبر فيها المال ، كما أنني لم أجد من تعرض للجمع بين ذكر الشرط المزبور والتصريح بضمان الأعيان والعهد والصنعة وغير ذلك مما تسمعه إنشاء الله ، بل في المتن وغيره هنا ما ينافي ذلك ، فإنه قال بعد ما سمعت :

﴿ سواء كان ﴾ أي المال في النعمة ﴿ مستقراً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله ، لم يصح ضمانه عن البايع ﴾ عينا ولا عهدة ، لعدم دخوله تحت يده ، أما بعده فيصح ضمانه عن البايع عهدة لو ظهر المبيع مستحقاً مثلاً .

وهو كما ترى لا يجمع الضابط المزبور ، ضرورة عدم كون المضمون في هذا الحال مالاً في النعمة ، بل هو من ضمان الأعيان .

نعم لو ضمن الثمن عن المشتري للبائع ، كان ضماناً للمال في النعمة ، بل وكذا لو ضمن عنه عهده لو خرج مستحقاً للغير إذا كان الثمن غير معين ، وإلا بطل البيع فلا ضمان حينئذ ،

بخلاف ما إذا لم يكن معيناً ، فإن الضمان حينئذ صحيح ، لأنه في الحقيقة لمال في الذمة ، وهو الثمن الكلي ، وكذا لو كان معيناً مثلاً وكان المضمون عن المشتري أرشه الذي هو أيضاً مال كلي في الذمة ، وبذلك يظهر لك أن ضمان العهدة هو من ضمان العين أو من ضمان المال في الذمة وليس هو شيء مستقل لكن في المسالك فإن الفرق بين ضمان العهدة والمال نفسه يظهر في اللفظ والمعنى ، أما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن «ضمنت لك الثمن الذي في ذمة زيد» مثلاً ونحوه ، وضمان العهدة «ضمنت لك عهدته أو دركه» أو نحو ذلك ، وأما المعنى فظاهر ، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمة الضامن ، وبراعة المضمون عنه منه ، وضمان العهدة ليس كذلك ، بل إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات ، ولا يخفى عليك ما فيه بعد عدم دليل مخصوص على اعتبار اللفظ المزبور ، بل ظاهر الأدلة ، خلافه .

وعلى كل حال ضمانه يقتضى انتقال الثمن لو كان في ذمة المشتري إلى ذمة الضامن ، إلا أنه لما كان في الظاهر فراغها بالدفع المزبور لم يحكم به ، فإذا تبين فساد الدفع بكونه مستحقاً للغير مثلاً حكم بمصادقة الضمان المزبور لمحلله ، فيترتب عليه حكمه من الانتقال إلى ذمة الضامن ، وفراغ ذمة المضمون عنه ، وهذا معنى ضمان دركه ، والإفلا دليل على مشروعيته مستقلاً على وجه يكون غير الضمان بالمعنى المزبور كما هو واضح .

وبذلك كله يظهر لك ما في المتن والمسالك ، ولعل عبارة الفاضل في القواعد السابقة أحسن من عبارة المتن ، لاقتصارها على بيان صحة الضمان للعمال النابت في الذمة مستقراً أو متزلزلاً ، كالثمن في مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول .

ولاريب في ظهور إرادة ضمانه عن المشتري للبائع ، وهو الذي ذكره الشيخ في المحكي عن مبسوطه حيث نفى الخلاف فيه ، وظاهره بين المسلمين عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع ، والمهر بعد الدخول ، والاجرة بعد دخول المدة ؛ وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم ، والاجرة قبل انقضاء الاجارة ، والمهر قبل الدخول ، قال : فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة ، فيصح ضمانها أيضاً بلا خلاف ، وأما ضمان

المهدة فهي مسألة مستقلة ، سيذكرها المصنف في اللواحق ، لمدخل لها فيما نحن فيه فلاحظ وتدبر .

﴿و كذا﴾ يصح ضمان ﴿ماليس بلازم ولكن يؤول إلى اللزوم ، كمال الجمالة قبل فعل ما شرط﴾ عليه من العمل ﴿وكمال السبق والرماية﴾ وفقاً للمحكى عن المبسوط ، والتحرير ، و المختلف ، و مجمع البرهان ، والتذكرة ، إلا أنه قال : إذا شرع في العمل ، بل لعله المراد مما عن الخلاف والغنية « يصح ضمان مال الجمالة إذا فعل ما شرط الجمالة به » بناء على إرادة الكشف من الشرط المزبور ، بقرينة استدلالهم عليه بقوله تعالى ^(١) « و لمن جاء حمل بعير و أتاهه زعيم » وقوله ^(٢) « الزعيم غارم » ومرجع الثاني إلى العمومات التي هي العمدة ، مضافاً إلى ما عن المختلف من الاستدلال عليه بمسبب الحاجة إليه ، فجازضمانه وكقوله القمتاعك وعلى ضمانه ، وإلى ما عن التذكرة من وجود سبب الوجود و انتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في هدة الخيار .

ولكن مع ذلك كله قال المصنف : ﴿على تردد﴾ ينشأ من احتمال عدم سببية عقد الجمالة لثبوت المال في الذمة ، وإنما هو جزء السبب الذي هو مع العمل ، فتكون الضمان حينئذ قبل تمامه ضمان مالم يجب ، والآية الشريفة محمولة على إرادة التمهد العرفي للعقدي ، ضرورة عدم قبول مضمون له يثبت له حق في ذمة الجاعل ، أو على إرادة بيان كون الجعل منه على ذلك ، لا على الملك أو على غير ذلك . والعمومات بعد فرض ما عرفت من كون الضمان نقل ما في ذمة إلى أخرى عندنا لا يشمل المفروض الذي لم يثبت بعد في الذمة ، ولا حاجة ماسة إلى ذلك على وجه يستدل بها على مشروعيته ، كما لا سبب للوجوب قبل اتمام العمل ، وانتهاء الأمر إلى اللزوم بعد عدم الثبوت فعلاً لا يجدي .

نعم قلنا ان عقد الجمالة سبب تام في الثبوت في الذمة ، وإن عرض له البطلان

(١) سورة يوسف الآية - ٧٢ - .

(٢) المتدرك ج ٢ ص ٢٨٩ .

بعدم أتمم العمل ، أو بالفسخ أو نحو ذلك ، اتجه حينئذ ضمانه للثبوت في الذمة حينئذ فعلاً وإن كان معرضاً للبطلان ، لأنه لا ينافي صحة الضمان .

وكذا يصح لو قلنا بأن العمل من الشرائط الكاشفة ، لكن بتمام العمل ينكشف صحة الضمان ، وبعدمه ينكشف بطلانه ، ولعل ذلك لا يخلو من قوة ، وقد سمعت إمكان إرادته من الشيخ وابن زهرة ، وبما ذكرنا ظهر لك أن التردد في الحكم من المصنف للتردد في أصل ثبوت مال الجعالة في الذمة لا للتردد في صحة الضمان ، وإن لم لم نقل بثبوته فيها كما عساه يوهمه ما سمعته من المختلف والتذكرة ، والتحقيق ما عرفت في مال الجعالة ، ومثله يجري في مال السبق والرماية ، ويأتي انشاء الله في بابهما تمام الكلام في ذلك ، هذا كله قبل العمل .

أما بعده فلا إشكال ولا خلاف في صحة الضمان ﴿ وهل يصح ضمان مال الكتابة قيل ﴾ والقاتل الشيخ في المحكي من مبسوطه : ﴿ لا ﴾ يصح ﴿ لأنه ليس بلازم ، ولا يؤول إلى اللزوم ﴾ أما الأول فلأنه لا يلزم العبد في الحال ، لأن للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة ، للعجز فلا يلزم العبد في الحال ، وأما الثاني فلا أنه إذا أده عتق ، وإذا عتق خرج عن أن يكون مكاتباً ، فلا يتصور أن يلزم في نعمة مال الكتابة بحيث لا يكون له الامتناع من ادائه ثم قال : فهذا المال لا يصح ضمانه ، لأن الضمان اثبات مال في الذمة ، والتزام لأدائه ، وهو فرع للمضمون عنه ، فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم ، ويكون في الفرع لازماً ، فلهذا منعنا عن صحة ضمانه ، وهذا لا خلاف فيه .

﴿ ولو ﴾ لكن لا يخفى عليك أنه ﴿ لو قيل بالجواز كان حسناً ﴾ وفقاً للفاضل و ثاني الشهيدين و الكركي وغيرهم ، ﴿ لتحققه في ذمة العبد ﴾ بمقد الكتابة ولو المشروطة ، فيصح حينئذ ضمانه ﴿ كما لو ضمن عنه مالا غير مال الكتابة ﴾ و جواز تعجيز نفسه فيعود رقاً ، لا ينافي الثبوت في الذمة ، بل أقصاه عدم الاستقرار كالثمن في مدة الخيار بل أولى منه ، ضرورة أنه هنا مع الضمان عنه لينعتق ، لأنه بحكم الأداء بخلاف الثمن في مدة الخيار ، فإن ضمانه لا يرفع أصل الخيار .

ومن هنا أشكل جواز الضمان في الفرض على تقدير الجواز ، لأنه يؤدي إلى اللزوم قهراً على المكاتب ، لعدم اشتراط رضي المضمون عنه في صحة الضمان ، فينافي الفرض ، من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب ، وإن كان هو كما ترى إشكال هين ، وإلا لم يعجز التبرع بالأداء عنه لذلك أيضاً ، هذا .

ولا يخفى عليك أن ظاهر المتن وما سمعته من عبارة المبسوط بل قيل والتحرير ، والتذكرة ، والمختلف أن محل النزاع الأعم من المشروطة والمطلقة ، لكن في المسالك أن محله الأولى ، إذ لا خلاف في لزوم المطلقة والأمر سهل بعد ما عرفت وتعرف انشاء الله في باب الكتابة على ذلك .

﴿ويصح ضمان النفقة الماضية﴾ للزوجة بلا خلاف ولا إشكال، لأنها من الديون في نعمة الزوج كما حررناه في محله ، بل صريح الشيخ أيضاً والفاضلين والكركي ﴿و﴾ ثاني الشهيدين والعلى على ما حكى عن بعضهم صحة ضمان ﴿الحاضرة﴾ لها أيضاً أي ﴿الزوجة لاستقرارها﴾ وثبوتها ﴿في نعمة الزوج﴾ بصبيحة ذلك اليوم الذي أظهرت التمكين فيه ﴿دون المستقبل﴾ التي لم يحصل سبب وجوبها الذي منه التمكين الفعلي ، وهو غير معقول في الزمان المتأخر بخلاف الحاضرة التي يظهر من أدلة النفقة الاكتفاء في وجوبها بالتمكين فعلاً في صبيحة ذلك اليوم ، وإن قلنا بسقوطها بالنشوز في أثنائه ، إلا أنه لا ينافي أصل الثبوت في الذمة وهو كاف في صحة الضمان ، خصوصاً بعد عدم استرداد نفقة النهار بالموت والطلاق ، وإنما الخلاف في نفقة الليل كما حررنا ذلك كله في كتاب النكاح هنا .

وفي محكي المبسوط : إنما يصح ضمان نفقة المعسر ، لأنها ثابتة على كل حال ، وأما الزيادة عليها إلى تمام نفقة الموسر فهي غير ثابتة ، لأنها تسقط باعساره ، وتبعه على ذلك القاضي فيما حكى عنه ، وفيه أن الاعتبار حينئذ بالزوج المضمون عنه فإن كان موسراً ضمن عنه نفقة الموسر ، وإلا فنفقة المعسر ، ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر باعسار الموسر بعد وجوبه .

و ربما كان ذلك من الشيخ والقاضي تفريعاً على قول أهل الخلاف من صحة

ضمان المستقبل ، لأن المحكمي عنه اشتراط تقدير المدة ، و أن يكون المضمون نفقة المعسرين ، و إن كان المضمون عنه موسراً أو متوسطاً ، لانعربا يعسر ، فالزائد على نفقة المعسرين غير ثابت ، لأنه يسقط بالعسر ، ثم إن تقييد المصنف بالزوجة ظاهر في عدم صحة ضمانها للقريب ، وهو كذلك في الماضية ، لعدم ثبوتها في نعمته و إن قصر في دفعها ، لأنها من خطاب المواساة الذي لا يقتضى إثباتاً في النعمة .

أما الحاضرة ففي القواعد والمسالك و محكمي التذكرة وغيرها صحة ضمانها ، بل لأجد خلافاً فيه بين من تعرض لذلك ، معللين له بوجوبها بطلوع الفجر ، ولكن فيه ان هذا الوجوب لا يقتضى ثبوتها في النعمة ، و إلا لوجب ايضاً بعد فوات الوقت ، لعدم الدليل حينئذ على سقوطه منها بعد ثبوته فيها ، و إنما هو خطاب مواساة و بر وصلة ، ولا شيء منها يقتضى الثبوت في الذمة من غير فرق بين الماضية والحاضرة ، ولعل تقييد المصنف بالزوجة لخراج اصل الضمان لنفقة القريب ، من غير فرق بين الماضية والحاضرة والمستقبل ، وقد حررنا في كتاب النكاح تحقيق الحال في ذلك فلا حظ وتأمل .
 ﴿د﴾ كيف كان في ﴿في﴾ صحة ﴿ضمان الأعيان المضمونة﴾ بمعنى وجوب ردّها أو قيمتها أو مثلها عليه مع من في يده ﴿كالقصب والمقبوض بالبيع الفاسد﴾ ونحوهما ﴿تردد﴾ وخلاف ﴿والأشبه﴾ عند المصنف والفاضل في المحكمي عن تحريره ، وارشاده ، ومحكمي المبسوط ﴿الجواز﴾ للعمومات ، ولأنه ضمان مال المضمون على المضمون عنه ، و فيه أنه لا عموم يقتضى شرعية الضمان على الوجه المزبور ، حتى قوله ^(١) « الزعيم غارم » الذي هو ليس من اخبارنا بل هو من قول الناس الذينهم مخالفونا كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الإنكار عليهم .

و عموم ^(٢) « أو فوا بالعقود » إنما يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه ، وقد عرفت أن الضمان عندنا من التواقل ، و ان شرطه ثبوت المال في النعمة ، والأعيان المضمونة إنما يجب ردّها ، وهو ليس بمال في النعمة ، والقاصب مثلاً مخاطب

(١) المستدرك ج ٢ - ص ٤٩٧ .

(٢) سورة المائدة الآية ١ - .

به إجماعاً ، فيكون الضمان هنا ضم نعمة إلى نعمة أخرى ، و هو ليس من أصولنا .
ومن الغريب ما عن التذكرة من أن ضمان المال ناقل عندنا ، وفي ضمان الأعيان
والعهدة اشكال ، أقرب به عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه ، إذ هو كما
ترى كالتناقض ، هذا كله في ضمانها بالنسبة إلى ردّها .

وأما ضمان قيمتها أو مثلها فهو بعد تلفها ف ضمانها قليل حصول السبب ضمان مالم يجب
ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين والمحققين وفخر الإسلام على ما حكى عنهما عدم
الجواز ، و دعوى صدق كونها ما لا قد اشتغلت نعمة من في يده بها ، واضحة الفساد ،
ضرورة معلومية إرادة شغل النعمة بالردّ مادامت موجودة ، والقيمة والمثل مع التلف
من هذا الاطلاق ، ومثله غير كاف في الضمان الذي هو نقل المال من نعمة إلى أخرى ،
كما عرفت من تعريفه ، ومن دعوى الاجماع على اشتراط أن يكون مالا في النعمة في
الحق المضمون ، لأقل من الشك ، والاصل عدم ترتب الأثر في مثل هذا الضمان .

﴿و﴾ على كل حال فلا اشكال ولا خلاف في أنه ﴿لو ضمن ما هو أمانة ، كالمضاربة
والوديعة ، لم يصح ، لأنها ليست مضمونة في الاصل﴾ أي وقت الضمان لاردّ أو لاعوضاً
على تقدير تلفها . نعم لو طرأ لها الضمان بتعدّد أو تفریط مثلاً ففي صحة ضمانها حينئذ
وعندها البحث السابق ، وهو واضح .

كما أنه لا خلاف ﴿و﴾ لا اشكال في جواز التسلسل في الضمان بناء على مذهبنا
ف ﴿لو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر وهكذا إلى عدة ضمّناء ، كان جائزاً﴾ لتحقيق
شرط الضمان الذي هو ثبوت المال في النعمة ، ويرجع كل واحد منهم على من ضمن
عنه ، إذا كان باذنه ، على الاصل الذي يرجع اليه الضامن الاول إذا كان باذنه ، بل ولا إشكال
في جواز الدور أيضاً .

خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط ، فمنعه لصيرورة الفرع فيه املاً و
بالعكس ، ولعدم الفائدة فيه ، إذ به يرجع الحق على ما كان ، وفيه: أن ذلك لا يصلح
للمعامية، على أن الفائدة بالاعمار ، وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل متحققة كما تقدم

ذلك سابقاً ﴿ولا يشترط العلم بكمية المال﴾ حال الضمان (فلو ضمن ما في ذمته صح على الاشبه) باصول المذهب من العمومات وغيرها ، والاشهر بل المشهور بل عن الغنية الاجماع عليه ، بل عن كشف الرموز أنه روى الاصحاب جواز ذلك ، فلو عملنا بهذا نكون عملنا بقول الصادق عليه السلام (١) «خذ ما اشتهر بين أصحابك» ولعله أراد الروايات المطلقة في الضمان ، خصوصاً ضمان علي بن الحسين عليه السلام (٢) لدين عبد الله بن الحسن ، وضمانه (٣) لدين محمد بن أسامة ، بل قيل إنهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين ، وقدره وقت الضمان .

بل ربما استفيد أيضاً من خبر عطا (٤) عن الصادق عليه السلام «قلت له : جعلت فداك إن عليّ ديناً إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه» ، فقال : سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله ﷺ كان يقول في خطبته : من ترك ضياعاً فعلي ضياعه ، ومن ترك ديناً فعلي دينه ، ومن ترك مالاً فهو لوارثه ، وكفالة رسول الله ﷺ ميتاً كفالته حياً وكفالته حياً كفالته ميتاً ، فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك ، بل ولقوله تعالى (٥) «ولمن جاء به حمل بعير وأثابه زعيم» مضافاً إلى قوله (٦) «الزعيم غارم» .

ولكن قد يناقش بعدم ثبوت الأخير من طرفنا ، بل لعل الثابت منها تكذيبه ، وبأن الآية ليست مما نحن فيه ، كما أن الخبر ليس من الضمان المصطلح ، إلا أنه فيما قدّمنا كفاية لاثبات المطلوب ، خصوصاً مع عدم المعارض إلا دعوى (٧) «نهى النبي ﷺ عن الغرر» والثابت منه البيع أو مطلق المعاوضة (٨) «الضرر» لاحتمال كون المضمون

(١) المستدرک ج ٣ ص ١٨٥ عن الباقر عليه السلام .

(٢) الوسائل الباب ٥- من ابواب احكام الضمان الحديث ١- .

(٣) الوسائل الباب ٣- من ابواب احكام الضمان الحديث ١- .

(٤) الوسائل الباب ٩- من ابواب الدين الحديث ٥- .

(٥) سورة يوسف الآية ٧٢- .

(٦) المستدرک ج ٢ ص ٤٨٩ .

(٧) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب التجارة الحديث ٣ .

(٨) الوسائل الباب ١٧- من ابواب الخيار الحديث ٣ و٤ .

مما لا يَحتمله ، وهو قد أدخله على نفسه ، على أنه يمكن فرضه خالياً عن ذلك ، وحينئذ فما عن الشيخ في مبسوطه و خلافه و القاضي في مذهب ، و ابن ادريس في سرائره من عدم الجواز واضح الضعف ، هذا .

ولكن في المسالك ومحكي التذكرة وغيرها «أن الصحة فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك ، كقوله أنا ضامن للدين الذي لك عليه ، أما ما لا يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئاً مما في ذمته فلا يصح قولاً واحداً ، لصدق الشيء على القليل والكثير ، واحتمال لزوم أقل ما يتناول الشيء كلاً لا قرار يندفع بانه ليس هو المضمون وإن كان بعض أفرادها ، وهو جيد إن كان المراد عدم امكان العلم في الواقع ، للابهام ونحوه كما عساه يؤمى اليه قوله «يندفع» إلى آخره ؟ وإلا كان محلاً للنظر ، ضرورة أن مقتضى الأدلة التي ذكرناها عدم الفرق بين الجميع ، فيصح ضمان ما في الذمة عن ميت أوحى و ان كان لا يمكن العلم به في الظاهر ، إلا أنه في الواقع متشخص كما هو واضح .

﴿و﴾ على كل حال ﴿يلزمه﴾ مع وقوع الضمان على الوجه المزبور ﴿ما تقوم به البينة ، أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان لا﴾ ما يتجدد ولا ﴿ما يوجد في كتاب﴾ مما هو ليس طريقاً مثبتاً لما في الذمة ﴿ولا﴾ ما ﴿يقر به المضمون عنه﴾ بعد الضمان الذي يكون اقراراً في حق الغير ، خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح وأبي المكارم ولعلهما يريدان ما أقر به سابقاً قبل الضمان ﴿ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين﴾ الذي هو كالأقرار ، أو كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقاً ، أو أسل برأسه كذلك أيضاً ، خلافاً للمحكي عن المقنعة ، فالزمه به ، ويمكن أن يريد ما عن النهاية والقاضي من أنه إذا كان الرد برضى الضامن ، « قال : فإن حلف أى المضمون له على ما يدعيه واختاره وذلك وجب عليه الخروج منه ، لصيرورة الخصومة حينئذ معه أيضاً ، فيكون اليمين حجة في حقه » .

و في المسالك « بناء على كون اليمين المردودة كالبينة ، يتجه وجوب الأداء عليه ، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن ، أو المضمون عنه ، لأن الحق يثبت بها مطلقاً ، بخلاف الأقرار » وفيه : أن حكم البينة كذلك ، إلا أن الكلام في كونه

مثلها في ذلك كما هو واضح ، هذا كله إذا ضمن ما في ذمته .

﴿ أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح ، لانه لا يعلم ثبوته في الذمة ﴾ كما في القواعد و محكي التحرير و الإرشاد و المختلف حكماً و تعليلاً ، و كذا المبسوط و السرائر ، بل هو المحكي عن المفيد و التقي ، و فسر في المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين في الذمة حاله ، فضاوته حينئذ بالصيغة المزبورة شامل لما إذا كان كذلك ، ولما يتجدد فلا يصح ، إذ لا يدل على ضمان المتقدم ، لان العام لا يدل على الخاص .

قال : « فعلى هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحة ، كما لو ضمن ما في ذمته ولزمه ما تقوم به البيئة أنه كان ثابتاً ، وحينئذ فتعليل المصنف لا يخلو من قصور ، لاقتضائه أنه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمة وقت الضمان صح ، والحال أن مثل ذلك لا يصح ، لعدم وقوع حقيقة الضمان موقعها كما قد عرفت ، فلا بد من تنزيل التعليل على عدم العلم بإرادة الثابت من الصيغة » .

وفيه : أن المتبجح - مع فرض إرادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظ « ما » ذلك - الصحة في الثابت بها ﴿ وقت الضمان ﴾ و البطلان في المتجدد لا الفساد في الجميع ، مضافاً إلى إباء ظاهر جميع العبارات المشتملة على التعليل المزبور ما ذكرناه من التفسير المزبور الذي قد اعترفاهما أيضاً بذلك ، وإن ما ذكرناه فيه تنزيل و تخريج .

ولعل الأولى تفسير ذلك بإرادة بيان عدم صحة ضمان ما يثبت بالبيئة من حيث كونه كذلك ، لأنه حينئذ من ضمان مالم يجب ، ضرورة عدم جعل عنوان الضمان ، ما في ذمته و البيئة طريق لمعرفته ، بل كان العنوان ما يثبت بها ، و الفرض وقوعه قبل ثبوته بها .

ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله : فلا يصح ، لأنه ضمان مالم يجب ، ولا ريب في أن مراده أن الثبوت بها قبل حصوله ليس ثبوتاً حال الضمان ، وإن كان مضمون الشهادة الاشتغال حال الضمان ، لكن ثبوت ذلك الذي هو عنوان

الضمان إنما هو حال الشهادة المفروض سبق الضمان لها . وكذا لو جعل عنوان الضمان ما يقرّ به المضمون عنه ، أو ما يحكم به الحاكم أو نحو ذلك مما هو بعد لم يحصل ، وحينئذ يتجه هذه العبارات ولا يحتاج إلى التخيير المزبور الذي قد عرفت فسادَه في نفسه .

وكان السبب الداعي للمصنف وغيره في ذكر الحكم المزبور أولاً : هو الفرق بين جعل العنوان للضمان ما في الذمة ثم يتعرف بالبيئة ، وبين جعله ما ثبت بها ، وثانياً : التعريض بخلاف الشيخ في المحكي من نهايته حيث قال : «ولو قال : أنا أضمن ما ثبت لك عليه إن لم آت به في وقت كذا ، ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به البيئة للمضمون عنه ، وهو الذي حكاه في محكي المبسوط عن قوم من أصحابنا ، وقال : إني لم أعرف به نصاً .

واعترضه في السرائر بأنه إذا لم يعرف به نصاً كيف أوردَه في نهايته ، ثم إنه أساء الأدب ، ولكن اتصراً لله تعالى له على لسان الفاضل في المختلف ، فرد ذلك عليه ثم قال : لاشك في عدم تحصيل هذا الرجل .

وعلى كل حال فمراد المصنف وغيره ، التعريض بما سمعته من النهاية ، ولكن المحكي عنها أن ذلك موجود في بعض نسخها ، والا فلا أصل «ما ثبت لك عليه» بالفعل ولا شك حينئذ في صحته ، ضرورة كونه ضماناً للثابت بها ، لا بما يثبت بها ، بل يمكن أن يريد الشيخ من نسخة يثبت ضمان ما في الذمة الذي طريق معرفته الثبوت بها ، وإن كان خلاف ظاهر العبارة ، وقد ظهر لك مما ذكرنا الكلام في جميع اطراف المسألة والحمد لله رب العالمين .

البحث * الثالث في اللواحق

وفيه مسائل الأولى: إذا ضمن * ضامن للمشتري بالمعنى الأخص (عهدته الثمن) التي هي ضمان بالمعنى العام، أي الثمن الذي هو في عهدة البائع له (لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من رأس) بظهور استحقاق المبيع مع عدم إجازة البيع، أو قبض الثمن أي مع عدم إجازة قبض الثمن وإن أجاز البيع فيه، أو فقد شرط من شروط الصحة أو نحو ذلك، بلا خلاف أجده فيه في الأول، بل في محكي التذكرة وكذا مجمع البرهان نسبته إلى إطباق الناس عليه في جميع الأعصار، وفي المسالك «ظاهرهم الإطباق عليه».

كما أن صريح غير واحد عدم الفرق بين الأول والثاني، بل هو من معقد ما سمعته من المسالك، وعن جامع المقاصد إطباق الناس على ضمان العهدة، وحينئذ إن تم ذلك يكون هذا الفرد بقسميه خارجاً عن بحث ضمان الأعيان، وإن كان هو منها.

(أما لو تجدد الفسخ بالتقاييل) أو الخيار * أو تلف المبيع قبل القبض، لم يلزم الضامن ورجع * المشتري * (على البائع) لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان في صحته، من غير فرق بين ضمان العهدة وغيره، ولا ريب في حصوله مع قبض البائع له في الأول، بخلاف الثاني الذي هو فسخ متجدد، فضاوته به حينئذ من ضمان مالم يجب، بل ظاهر المسالك ذلك حتى لو قلنا أن التلف قبل القبض موجب للفسخ من الأصل لا من حينه، فإنه بعد أن حكى عن العلامة بناء ما نحن فيه على كون التلف فاسخاً من الحين أو الأصل، فيندرج في ضمان العهدة على الثاني دون الأول. قال: «وفيه نظر، لانه حكم لاحق للضمان، فإن المبيع حالته كان ملكاً للمشتري ظاهراً، وفي نفس الامر، فلا يتناول الضمان الثمن، لانه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً، وإنما التلف الطاري كان سبباً في حكم الله بعود الملك الي صاحبه من أصله» وإن كان

هو كما ترى مرجعه إلى التنافض ، ضرورة اقتضائه كون المال في آن واحد ملكاً لشخص وليس ملكاً له ، بل ملك لآخر ، ونظير هذا وإن احتملناه في اجازة الفضولي ، إلا أنه قلنا بكونه ملكاً لشخص ، وبحكم الملك لآخر ، فإنه لا يمتنع الوضع من الشارع و التسبب كذلك ، ويمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا .

ولكن يبقى المطالبة بدليله أولاً ، ومنافٍ لفرضه ثانياً ، إذ من أحكام الملك ضمانه على من في يده ، فيتجه كلام العلامة حينئذ ، و من ذلك يعلم إرادة المصنف و غيره ممن ترك التقييد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقييد به ، ضرورة عدم دخوله في عهدة البايع الذي هو المضمون عنه إلا بقبضه .

اللهم إلا أن يقال بكفاية السبب الذي هو العقد حينه وإن تعقب القبض الضمان نحو ما سمعنا من احتمال الضمان بالفسخ بعيب سابق ، وضمان درك ما يحدث من بناء وغيره لكن ضعف الاحتمال المزبور يبعد حمل الاطلاق المذكور على ذلك ، خصوصاً من المصنف المصرح بخلاف الاحتمال المزبور في المسألتين والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ لا يدخل في ضمان العهدة ﴿ لو فسخ المشتري بعيب ﴾ لاحق للضمان كما لو وقع قبل القبض ، أو في الثلاثة قولاً واحداً كما في المسالك وغيرها ، بل و ﴿ سابق ﴾ وفاقاً للمشهور ، لأن الفسخ به إنما يبطل العقد من حينه لا من أصله ، فلم يكن حالة الضمان مضموناً ، بل لو صرح بضمانه كان فاسداً ، لأنه ضمان ما لم يجب ، فما في القواعد ومحكي التذكرة من الاشكال فيه - مما عرفت ، ومن وجود سبب الفسخ حال البيع ، بل عن فخر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجة - واضح الضعف ، ولعله لذا استقرب عدم اندراجهم بعد أسطر من الاشكال ، بل جزم به بعد ذلك .

﴿ أما الوطالب بالارث رجع على الضامن ﴾ كما في القواعد وغيرها ﴿ لان استحقاقه ثابت عند العقد ﴾ فيتحقق شرط الضمان ، بل هو أولى من غيره ، لان الارث جزء من الثمن باق في ذمة المشتري ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ بل عن التمهيد الجزم بالعدم لان الاستحقاق له إنما حصل له بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الارث والعيب

الموجود حالة العقد لم يقتض تعيين الارش ، بل التخيير بينه وبين الرد ، فلم يتعين الارش الا باختياره .

ولوقيل - إنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير ، فيكون كافراد الواجب المخير ، حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره ، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره - ففي المسالك « لزم مثله في الثمن ، لأنه قسيمه في ذلك » وفيه : أن الرد غير الثمن ، وإن ترتب عليه استحقاق الثمن الذي لم يجب الا بالفسخ ، بخلاف الارش الثابت بالاصل ، لكونه عوض جزء فائت ، وإن كان للمشتري ارتفاق آخر ، وهو الفسخ والرجوع الى الثمن ، ودعوى - عدم ثبوته إلا مع العلم والمطالبة به حتى أنه لو لم يعلم أولم يطالب لم تشتغل نعمة البايع بشيء - مخالفة لظاهر الأدلة ، وقد تقدم الكلام في ذلك في محله فلاحظ وتأمل .

المسألة الثانية قد عرفت انه إذا خرج المبيع جميعه **مستحقاً رجع** المشتري **على الضامن** ، أما لو خرج بعضه **مستحقاً رجع** على الضامن بما قابل المستحق **بلا خلاف ولا إشكال** وكان في الباقي بالخيار **لتبعض الصفقة** فإن فسخ رجع بما قبله على البايع خاصة **وفاقاً** للمشهور لعدم اندراجه في ضمان الضامن بل لا يصح ضمانه له لو سرح به ، لأنه من ضمان مالم يجب ، خلافاً للمحكى عن الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع ، لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب ، وفيه : أن ذلك لا يقتضي دخوله في عهدة البايع له حتى يصح ضمانه عنه كما عرفت الحال في المشبه به فضلاً عن المشبه وهو واضح .

المسألة الثالثة : اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء أو غرس مثلاً في الارض المشتراة لو خرجت مستحقة و قلع المالك بناءه و غرسه ، أي تفاوت ما بين قيمته ثابتاً و مقلوعاً **لم يصح** لانه ضمان ما لم يجب **حال الضمان** ضرورة عدم استحقاقه ذلك على البايع قبل البناء والغرس ، بل ولا بعده ، وإنما يستحقه عليه بعد القلع ، نعم سبب ذلك وهو استحقاق الارض موجود حال الضمان لكن قد عرفت

أن الاصح عدم الاكتفاء بذلك ، خلافاً للشهيد في اللمعة فجوز له لذلك وللحاجة إليه ﴿و﴾ كانه مال اليه أو قال به في الروضة .

بل ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في محكي المبسوط والفاضل وولده وناني المحققين والشهيدين و﴿كذا﴾ لا يجوز ﴿لوضمنه البايع﴾ له فضلاً عن الاجنبي لأن ثبوت ذلك عليه بحكم الشرع لو وقع ، لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقيق الحق حال الضمان ، لكن في القواعد إشكال ، وعن التذكرة أنه قرب الصحة ، وقال : « تمنع كون المضمون عنه غير واجب » .

﴿و﴾ في المتن ﴿الوجه الجواز لانه لازم بنقص العقد﴾ إلا أنه نظر فيه في المسالك بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً له على الاتقاع مجاناً ، ضمانه بمقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جعلتها كونه ثابتاً حال الضمان ، فعدم الصحة أقوى ، وقد تبع بذلك المحقق الثاني ، حيث أنه أنكر على اشكال الفاضل في القواعد ، بأنه إن كان في ثبوت ذلك على البايع ، فلا وجه له ، لان ذلك واجب ، وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له ، أيضاً لانه ضمان مالم يجب بعد .

و إلى هذا أشار في المسالك بقوله « فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البايع أم لا ، فإنه ثابت بغير اشكال ، بل في ثبوته بسبب الضمان ، وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع ، يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته ، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما ، فإنه يفسخ بالخيار الآخر إن شاء ، وفيما لو كان قد شرط على البايع ضماناً بوجه صحيح ، فإن صححنا هذا كفى في الوفاء بالشرط ، وإن لم يحصل للمشتري نفع جديد ، فقد ظهر أن هذا الضمان قديفيد فائدة أخرى غير التأكيد لو قلنا بصحته ، و به يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتاً ، ضمن أم لم يضمن ، لان هذه الفوائد الاخر لم تكن ثابتة لولم يضمن » .

قلت : يمكن ارادة المصنف بما ذكره من أن الوجه الجواز ، اشتراط ضمان

ذلك على البايع في عقد البيع ، تعريضاً بما وقع في محكي المبسوط الذي اشار اليه المصنف بلفظ القيل ، من أنه إن شرطاً ذلك في نفس البيع بطل البيع ، بل قد عثرنا على نسختين من الشرائع « وقيل وكذا لو ضمنه البايع ، ولو شرطه في نفس العقد ، والوجه حينئذ فيما ذكره المصنف واضح ، لان المشروط لازم للبايع بنفس العقد ، فلا مانع من اشتراطه ليقرب عليه ما ذكره في المسالك من الفائدة الاولى ، ولا تقدر جهالته بعد ان كان لازماً له ، نحو ما قيل في اشتراط خيار المجلس ، وإن كان لا يخلو من بحث عندنا .

وعلى كل حال فالمراد ذلك ، لا الضمان المصطلح ، إذ هو غير معقول ، ضرورة أنه لا وجه لان يضمن الانسان عن نفسه ، فمن الغريب اشتباه هؤلاء الافاضل في ذلك ، وكيف كان فهذا كله في ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البايع .

وأما العكس وهو ضمان عهدة الثمن للبايع عن المشتري فلا إشكال فيه ، إذا كان ديناً ، بمعنى نقل ما في ذمة المشتري اليه ، وكذا ضمانه لو خرج مستحقاً ، فيما إذا كان الثمن كلياً في ذمة المشتري الذي مرجعه إلى الاول أيضاً أو إلى أرشه إن كان معيباً كما إذا كان شخصياً فإن ضمان عهده عن المشتري حينئذ ذلك ، وليس هو من ضمان الاعيان كما أشرنا اليه سابقاً ، بل هو ضمان ما في الذمة فتأمل جيداً وكذا ضمان نقصان الصنعة التي يزن بها الثمن أو المضمن للبايع أو المشتري كما صرح به غير واحد ، لكنه لا يندرج في إطلاق ضمان العهدة ، ومثله ضمان رداء الجنس فيهما أيضاً .

المسألة (الرابعة) إذا كان له على رجلين ﴿ مثلاً ﴾ مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه ﴿ باذنه دفعة واحدة ، ورضي المضمون له بذلك ، وتساوى المالان من جميع الوجوه ﴾ تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه ﴿ بلا خلاف ولا إشكال ، لاجتماع شرائط صحة الضمان في كل منهما ، وكان فائدة هذا الضمان صيرورة كل واحد منهما بضمانه فرعاً ، وبمضمونيته أصلاً ، فيتعاكسان ، وافتكاك الرهن إن كان عليهما ، أو على أحدهما لان الضمان اداء ، وغير ذلك ، كما أن فائدته مع اختلاف

الدين قلة وكثرة ، وحلولاً وتأجيلاً ، والضمان كذلك واضحة ، بل في الفرض لو شرط أحدهما الضمان في مال بعينه ، وقلنا بصحته وحجر عليه لفلس قبل الاداء أخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء ، لسبق تعلق حقه ، إلا أن المفلس قد استحق على المضمون عنه ، مع فرض كون الضمان باذنه ، ويتعلق به حينئذ حق الغرماء ، فإذا كان قد أدى الآخر عنه قبل الحجر عليه ، ضرب مع الغرماء ولا يتساقط معه ، لتعلق حق الغير بما عليه ، بل يكون له حصته ويبقى الباقي في نعمة المفلس كما هو واضح .

ولو قبل المضمون له ضمان أحدهما دون الآخر كان الجميع عليه ، فإن دفع النصف مثلاً انصرف إلى ما قصد ، ويقبل قوله مع اليمين ، فإن أطلق قسط في وجه قوي ، تقدم نظيره في الرهن ، ويحتمل صرفه إلى من شاء بعد ذلك ، أو القرعة . نعم لو أبرء تعين ما قصده ، فإن أطلق فالتقسيم مع احتمال القرعة أيضاً بناء على أنها للاعم من المشتبه موضوعاً في الواقع ، و لو ادعى الاصيل قصده في البراء ففى القواعد في توجه اليمين عليه أى المضمون له أو على الضامن اشكال ، من عدم توجه اليمين لحق الغير ، وخفاء القصد .

وعن المحقق الثاني أنه استوجه القرعة ، ولعل الظاهر أن الدعوى بين الضامن والمضمون عنه ، دون المضمون له ، و حينئذ فإن صدقه المضمون له ، كان القول قوله ، كما أن القول قول الضامن إن صدقه ، وإن لم يمكن الرجوع اليه لموت ونحوه فقد يقوى القرعة حينئذ ، بعد اتفاقهما على أنه قد قصد مخصوصاً ، و قلنا بعدم شغل نعمة المضمون عنه إلا بالاداء ، لعدم أصل يرجع اليه حينئذ ، أمام عدم العلم بالعمل على الإطلاق متجه ، ولو ادعى أحدهما على الآخر العلم كان له اليمين على نفيه والله العالم .

﴿ ولو قضى أحدهما ما ضمنه ﴾ عن صاحبه ﴿ براء ﴾ من ضمانه ﴿ وبقي على الآخر ما ضمنه عنه ﴾ كذا ﴿ لو أبرأ الغريم أحدهما براء ﴾ هو ﴿ مما ضمنه

دون ﴿ماضمنه﴾ ﴿شريكه﴾ بل قد يقال : بعدم الرجوع له عليه ، وإن أدى سابقاً ، بل وإن لم يؤد الآخر ، بأن أبرأه الغريم مما عليه مثلاً ، لحصول التهاثر بينهما قهراً بمجرد ضمان كل منهما باذن الآخر ، لكنه كما ترى بعيد عن مذاق الفقه ، ويمكن أن يقال : انه وإن قلنا باشتغال ذمة المضمون عنه للضامن إذا كان قد أذن له في ضمان وإن لم يجز له الرجوع عليه حتى يؤدي ، إلا أن الظاهر كون ذلك على جهة المراعاة فإن لم يؤد لأبراء ونحوه ينكشف عدم اشتغالها ، وإن أدى تبين اشتغالها ، فلا تهاثر حينئذ في الفرض ، وكذا لو قلنا بكون السبب لاشتغالها العقد المأذون فيه مع الاداء فتأمل جيداً . فإن المسألة غير محررة في كلامهم ، وسيأتى عن قريب بعض الكلام فيها انشاء الله ، هذا كله في ضمان كل منهما على الآخر .

أما لو ضمن اثنان عن واحد ، فإن كان على التعاقب فالضامن من رضي المضمون له بضمانه بل لو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق ، وإن كان ضمانهما دفعة ، فالضامن من رضي بهما ، وإن رضي بهما كذلك ففي الصحة - مع التقسيط بالنصف في الفرض و الثلث إن كانوا ثلاثة و هكذا ، أو الصحة مع التخيير و مطالبة من شاء منهما ، و مطالبتهما معاً كما عن ابن حزمة في الوسيلة وسماء بضمان الأفراد ، و عكسه و هو ضمان الواحد عن جماعة ضمان الأشتراك ، بل قيل : إنهم جزموا به في باب الديات فيما إذا قال : الق متاعك ، وعلى كل واحد منّا ضمانه ، بل عن الفاضل في درسه توجيهه بوقوع مثله في العبادات كالواجب على الكفاية ، وفي الأموال كالأيدى المتعاقبة على المنصوب ، أو بطلان الضمان من أصله كما عن المختلف وجامع المقاصد - أقوال .

و من هنا قال في القواعد : إشكال ، ولكن لا يخفى على من أحاط خبراً بنظائر المسألة قوة الأخير منها ، وما ذكره الفاضل من وجود النظم لو سلم أنه مثله لا يصلح دليلاً للمسألة ، مع أنه قد تقدم منّا في المباحث السابقة ما يستفاد منه وضوح الفرق بين ذلك وبين الأيدى المتعاقبة والله العالم .

المسألة ﴿الخامسة﴾ : إذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال ، أو أبرأه

من بعضه لم يرجع على المضمون عنه ﴿المفروض إذنه بالضمان﴾ إلا بما أداه ﴿لما عرفت سابقاً من أنه ليس له إلا ذلك نصاً وفتوى﴾ ، بل هو مشروط بما إذا لم يزد عن الحق ، وإلا رجع بالحق خاصة ، فالضابط حينئذ الرجوع بأقل الأمرين ممّا أداه ومن الحق في كل موضع له الرجوع ، وكان المصنف أشار بما ذكره إلى خلاف بعض العامة الذي جوز الرجوع مع الإبراء عن الكل أو البعض ، لانه هبة له خاصة من رب الدين ، وهو باطل عندنا ، لما عرفت

نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه أو جميعه جازله الرجوع لصدق الأداء ، بل لعله كذلك إذا احتسبه من حق زكاة عليه مثلاً (ولو دفع عوضاً عن مال الضمان رجع بأقل الأمرين) من القيمة والدين ، من غير فرق بين أن يكون قد رضي المضمون له به عنه بغير عقد ، وبين ما لو صالحه عنه بالدين .

نعم لو صالحه عليه بما يتساوى الدين في نعمته وقاصه به اتجه رجوعه به ، لثبوتها له في نعمته وأدائها عن الدين مع احتمال الرجوع بالقيمة خاصة ، لان وضع الضمان على الارتفاق ، ولعله لذا توقف فيه الفاضل في المحكي من التذكرة والله العالم .

المسألة السادسة : إذا ضمن عنه ديناراً ﴿مثلاً﴾ بأذنه فدفعه ﴿المضمون عنه﴾ إلى الضامن فقد قضى ما عليه ﴿بناء على اشتغال نعمته له بضمانه عنه المأذون فيه ، وإن كان لا يستحق الرجوع عليه إلا بالاداء لان الضمان نوع أداء ، والفرض حصوله بأذنه ، فيقتضى شغل نعمة المضمون عنه فيصح حينئذ الدفع له ، وفاء كما يصح للضامن ابراء نعمة المضمون عنه ، قبل الاداء وهذا كله لا ينافي عدم استحقاق المطالبة له إلا بالأداء ، للدليل .

نعم قد يقال : إن الدفع وفاء مثلاً وكذا الإبراء مراعى بحصول الأداء منه ، فإن حصل استقر ذلك وإلا انفسخ ، ورجع المال إلى المضمون عنه ، أو يقال إن ذلك على الكشف بمعنى أنه بحصول الاداء ينكشف وقوعه في محله ، وإلا انكشف عدم شغل نعمته من الأصل .

لكن ذلك و نحوه لا يرى احداً مصرحاً به من الأصحاب ، بل في المسالك و المحكي من غيرها ما يقتضى خلافه ، وأنه لا تشتغل ذمة المضمون عنه ، إلا حين أداء الضامن ولعله للأصل مع عدم ثبوت كون الضمان أداء بالنسبة إلى ذلك ، وإن كان هو كالاداء بالنسبة إلى براءة ذمة المضمون عنه ، فلا سبب حينئذ لشغل ذمة المضمون عنه إلا الاداء المأذون فيه بالأذن بالضمان ، لقاعدة احترام مال المسلم ، وحينئذ فالتصوص^(١) الدالة على عدم الرجوع إليه ، وإلا بمقدار ما أدى كاشفة عن ذلك ، لأنها مخصصة لقاعدة تسلط من له الدين على من عليه ، ولا أنها مفيدة لاحكام آخر يصعب التزامها ، ولعل هذا هو الأقوى ، و حينئذ لا يكون ما يدفعه المضمون عنه قضاء بل هو مدفوع ليكون وقاء له إذا أدى .

بل في المسالك ولا يبعد كونه مضموناً عليه ، لقاعدة على اليد ، وكونه كالمقبوض بالسوم ، واستشكل فيه في التذكرة بعد أن حكم به . نعم لو قال المضمون عنه للضامن: اقض به ما ضمنت عني ، فهو وكيل و المال في يده أمانة ، والفرق بينه و بين ما سبق واضح ، لأنه دفعه في السابق - إليه إما مطلقاً ، أو أنه الحق المضمون ، وعلى التقديرين ليس مستحقاً عليه للضامن ، بخلاف قوله إقض به ما ضمنت ، فإنه وكالة في قبضه ودفعه . قلت: قد يقال: إن مرجع الأول إلى الامانة أيضاً ، ضرورة عدم كونه وقاءً فعلاً قبل الاشتغال ، فليس هو إلا على ملك المضمون عنه ، بل لا بد من التزام التوكيل للضامن في قبضه وقاء بعد الاداء ، فلا ضمان حينئذ ، والقياس على المقبوض بالسوم ليس من مذهبنا ، وقاعدة على اليد مخصصة بالامانة ، ولعله استشكل فيه في التذكرة ، وهو في محله ، نعم لو دفعه له بعنوان القرض له مقدمة لحصول التهاثر بعد الاداء أمكن ، لكنه غير المفروض .

﴿ وكيف كان فـ﴾ ﴿ لو قال ﴾ أي الضامن على ما في المسالك للمضمون عنه ﴿ إ دفعه ﴾ انت ﴿ إلى المضمون له ، فدفعه فقد برئ ﴾ أما الضامن فلو قاء دينه ، و أما المضمون عنه فلا أن الضامن لم يغرم ، فلا يرجع عليه ، ويمكن اعتبار التقاص القهري

لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن ، لانه المديون و قد أذن في وفائه ، وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لادائه ، فيتقاصان .

وفيه : أن أداء دين الضامن المأذون به المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله ، اذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده ، وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه ، لعدم حصول الاداء منه فلا تقاص حينئذ ، لعدم ثبوت المالكين في ذمة كل منهما فتأمل ، ولو فسرت العبارة بارجاع ضمير قال إلى المضمون عنه ، أي قال للضامن إدفه إلى المضمون له ، فقد برئ تماماً كان ممكناً ، والوجه فيه حينئذ واضح لما عرفت .

﴿و﴾ يكون هذا كما ﴿لودفع المضمون عنه إلى المضمون له بغير اذن الضامن﴾ فإنه لا إشكال ولا خلاف في أنه إذا كان كذلك ﴿برء الضامن والمضمون عنه﴾ بالارجوع من الضامن على المضمون عنه لعدم الاداء منه عنه ، كما هو واضح ، ولوتبرع متبرع بالضمان ، ثم سأل آخر الضمان عنه فضمن وأدى رجع عليه دون الاصل ، ولو أنكر المضمون عنه الاذن في الضمان ، أو انكر الدين كان القول قوله ، ولو انكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ، لم يرجع على المضمون عنه ، إذا كان قد أنكر اصل الدين ، أو أصل الاذن بالاداء عنه في ضمن الضمان وغيره ، ضرورة علمه بفراغ ذمة المضمون عنه ، و عدم استحقاق الرجوع عليه ، وأنه قد اخذ منه ظلماً بالبينة المخطئة .

نعم لو لم ينكر أصل الدين ولا أصل الاذن بالاداء عنه ، ولا المضمون عنه أصل الاذن له أو ثبت ذلك بحجة شرعية كان له الرجوع على المضمون عنه مقاصة ظاهراً لعدم منافاة إنكار الضمان لذلك ، ضرورة كونه أخص من استحقاق الرجوع الذي يمكن أن يكون بالاذن بالاداء من دون ضمان ، فله المطالبة حينئذ ، بأن يقول إني أديت عنك دينك على وجه أستحق به الرجوع عليك ، ويقيم البينة على الاذن إن كانت ، وإن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن ، لأن التوصل إلى الحق بطريق

لا يكون مشتملاً على محذور جائز .

والظاهر أنه يسوغ للبيئة الشهادة بالإذن من دون تعيين الضمان الذي أنكره حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم ، وعلى كل حال فله الرجوع ظاهراً ، نعم له المقاصة باطناً إذا كان كاذباً في إنكاره الضمان بالإذن ، إلا أن يعترف له المضمون عنه بذلك ، ولو أذن له بإداء دينه من دون ضمان فادّعاء المأذون ، وأنكره الآن كان القول قول المأذون ، لأنه وكيله وأمينه ، من غير فرق بين تصديق المستحق وعدمه .

نعم لو قيد الآن إذنه بالإشهاد فتركه المأذون لم يكن له الرجوع عليه ، ولو أن صدقه المستحق ، إذ يمكن أن يكون تصديقه معاطاة ، وليس الغرض سقوط المطالبة الحاصل بذلك ، بل براءة الذمة في الواقع ، ولم يحصل ما يدل عليها ، اللهم إلا أن يجعل إقراره بذلك طريقاً لها أيضاً ، على أن الغرض التقييد بالأشهاد ولم يحصل . نعم لو لم يقيد بذلك وأطلق الإذن أمكن الاكتفاء بإقراره ، وإن قلنا بتقصيره بترك الإشهاد على وجه لا يستحق الرجوع معه ، إلا أن من المعلوم كون ذلك لارادة سقوط المطالبة والبراءة ، والغرض حصولهما بالإقرار ، وكذا لو كان الدفع بحضور الأصيل .

ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر لك مواقع النظر فيما ذكره الفاضل في القواعد ، بل قد يظهر من بعض كلماته فرض المسألة في الضمان ، ومن المعلوم عدم جريان جملة من الفروع فيه ، ولذا فرضناها في المأذون بالإداء بدونه ، وقد عرفت الكلام سابقاً في الضمان فلاحظ وتأمّل ، وقد تقدم لنا سابقاً ويأتي في باب الوكالة وغيرها ما يستفاد منه أيضاً وجه النظر في جملة من ذلك فلاحظ وتأمّل جيّداً والله العالم .

المسألة (السابعة) : إذا ضمن باذن المضمون عنه ، ثم دفع ماضن ، وانكر المضمون له القبض ، كان القول قوله مع يمينه ﴿ لا صالة عدم القبض ﴾ ، وفي المسالك « وحينئذ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء ، لعدم تحقق غرمه المشروط

به استحقاق الرجوع، قلت : وهو كذلك وإن توجهت المخاصمة بينهما ويتوجه له اليمين عليه ، ولورد المضمون له اليمين على الضامن في الأول ، فحلف فقي استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك وعدمه وجهان ، أقواهما العدم ، بل وكذا في استحقاقه بتصادق الضامن والمضمون له .

وعلى كل حال ﴿ في ﴾ في مفروض المتن ﴿ ان شهد المضمون عنه للضامن ، قبلت شهادته ﴾ وإن كان الضامن بالاذن ، لأنه حينئذ شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع ، وشهادة على غيره . نعم هي مقبولة كغيرها من الشهادات ﴿ مع انتفاء التهمة ﴾ واليه يرجع ما عن الفخر من أن شهادة المضمون عنه للضامن ترد إجماعاً ، ونوفس بالاكْتفاء في ذلك باعتراف الضامن بالأداء إن أثرت في البراءة ، فكالضامن على التامل عندهم ، وفرضت التهمة فيما إذا كان أداء الضامن بالصلح أو بأقل من الحق بالضامن ، وباعسار الضامن مع عدم علم المضمون له ، ويتجدد الحرج عليه لقلس ، وكان للمضمون عنه عليه دين وبغير ذلك ، مما يمكن فرضه ، إذ الفرض أنها شهادة مقبولة في نفسها ، إلا إذا اقترنت بما يمنعها من جريان نفع ، أو خصومة أو غير ذلك ، لأنها مردودة في نفسها لكونها مما يجزى نفعاً باعتبار كون الدين دينه ، لأنه بالضامن قد برء عندنا ، وصار كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك ، هذا كله ﴿ على ﴾ مذهبنا من ﴿ القول ﴾ بـ ﴿ اقتضاء الضامن ﴾ انتقال المال .

أما على مذهب مخالفينا من كونه ضم ذمة إلى أخرى فلا إشكال في عدم قبول شهادته كما هو واضح ﴿ ولو لم يكن ﴾ المضمون ﴿ مقبولا ﴾ لجزى نفع أو فسق أو خصومة أو غير ذلك ﴿ فحلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرة ثانية ﴾ على زعم الضامن .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولاً ﴾ على الوجه الذي عرفته سابقاً لا الأخير الذي هو ظالم يزعمهما فيه ﴿ ولو لم يشهد المضمون عنه ﴾ أي لم يصدق الضامن بدعواه ﴿ يرجع الضامن ﴾ عليه ﴿ بما أداه أخيراً ﴾ لعدم

ثبوت اداء سواء .

نعم الظاهر توجه الخصومة بينهما كما اشرنا اليه سابقاً ، كما أن الظاهر تقييد ذلك بما إذا لم يزد المدفوع اخيراً على الأول ولا على الحق ، وإلراجع بالأقل من الثلاثة ، لانه إن كان هو ما غرمه أولاً فلاعترافه بعدم استحقاق ما سواء ، وإن كان ما دفعه اخيراً فلما عرفت من عدم ثبوت غيره ، وإن كان هو الحق فلما عرفت من ان الرجوع انما هو في الأقل منه والمدفوع ، ولذا قال في بعض نسخ المتن و ﴿ لو قيل يرجع بأقل الامر من مما أداه أولاً وأخيراً كان حسناً ﴾ والله العالم .

المسألة : ﴿ الثامنة : إذا ضمن المريض ﴾ تبرعاً ﴿ في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح ﴾ من كون المنجزات منه لامن الاصل ، إذ لا اشكال في كون القرض منها . نعم لو ضمن بسؤال ففي المسالك « هو كما لو باع بضمن المثل نسيئة ، فالوجه حينئذ أنه متى امكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الاصل وإن لم يمكن لاعساره ونحوه فهو من الثلث ، ولو أمكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباة يتوقف ما يفوت منه على الثلث ، ولكن لا يخلو من نظر ضرورة كونه كالقرض ونحوه لعدم التبرع فيه بشيء .

المسألة : ﴿ التاسعة : إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً ﴾ باذن المضمون عنه في ذلك وعدمه ففي المعكى عن المبسوط ﴿ لم يصح ، وكذا لو كان إلى شهرين فضمنه إلى شهر لان الفرع لا يرجع على الاصل ﴾ وواقفه على ذلك فخر الاسلام والكركي ، بل عن المختلف أنه استحسنته ، بل قد عرفت أن الاولى مقتضى ظاهر من اعتبر الاجل في الضمان ، وإن كان ذلك حيثية أخرى غير ما نحن فيها ، ولذا منع منها هنا من لم يعتبر الاجل فيه .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك كله ﴿ فيه تردد ﴾ بل منع لما سمعته سابقاً من عدم الدليل على اشتراط الاجل فيه ، بل ظاهر الادلة خلافه ، كما أنه لم يثبت مالمية زيادة الفرع على الاصل ، ودعوى اعتبار مشروعية الضمان على المساواة ممنوعة ، كدعوى

أن ذلك من ضمان ما لم يجب ، باعتبار أن الحلول زيادة في الحق ، وكذا نقصان الاجل ولذا تختلف الاثمان باختلافه ، ضرورة أن المضمون المال ، والاجل إنما هو من التوابع ومن الحقوق للمديون التي يجوز له التبرع باسقاطها ، وفي وجه إن كان مع اذنه في الضمان دون الحلول ، لم يستحق الرجوع عليه ، إلا للاجل ، كما عرفته سابقاً وكذا دعوى اعتبار الارفاق في الضمان ، إذ لا دليل عليها ، بل ظاهر الادلة خلافها ، على أنه مع التبرع لا ينافي الارفاق ، كما أنه لا يختص الارفاق بهذه الجهة ؛ وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً والله العالم .



﴿ القسم الثاني في الحوالة ﴾

بفتح الحاء كسحابة ، وهي مشروعة بالنص وإجماع الامة ، كما عن المبسوط و ليست بيعاً ، ولا محمولة عليه عند علمائنا أجمع في محكمي التذكرة .

﴿ والكلام ﴾ فيها يكون ﴿ في العقد ، و في شروطه وأحكامه أمّا الأول : فالحوالة ﴾ المتفق على صحتها ﴾ عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله ﴾ ولو باعتبار انتقال مثله إلى المحال عليه ، كما ستعرف تحقيق الحال في ذلك ، فلا ينتقض بالحوالة على البريء ، وإن كان الاصح عند المصنف على ما ستمع صحتها إلا أن فيها خلافاً ، وقد حاول الفاضل إدخالها بحذف قيد الشغل ، لكنه ينتقض بالضمان .

والامر في ذلك كله سهل بعد أن ذكرنا غير مرة أن المراد بها التمييز في الجملة ، فهي أشبه شيء بالتعاريف اللغوية كسهولة الامر في أنها عقد ، أو الاثر الحاصل منه ، بعد ما عرفت تحقيق الحال في ذلك في البيع ، و في أن ألفاظ العقد مخصوصة ، أو يحصل بكل ما دل عليه منها ، إذا كان على طريق العرف واللغة بعد أن تقدم مناتمام الكلام أيضاً في ذلك ، بل وفي حكم المعاطاة التي قد تقدم أيضاً من تمام الكلام فيها .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ يشترط فيها رضى المحيل والمحال عليه والمحتال ﴾

بلا خلاف أجده في الاول والاخير ، بل الاجماع بقسميه عليها ، بل المحكمي منهما مستفيض ، أو متواتر ، و هو الحجة ، مضافاً إلى أصول المذهب وقواعده ، لكن في المسالك و محكمي التذكرة وغيرها أنه يستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فإنه لا يعتبر رضى المحيل قطعاً ، لانه كوفاء دينه و ضمانه بغير اذنه ، والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال : أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي ، فيقبل .

و زاد في المسالك « فيشترط هنا رضى المحتال والمحال عليه ، و يقومان بركن العقد ، بخلاف رضى المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره » وفيه : امكان منع صحة

هذه الحوالة ، لعدم اطلاق في نصوص المقام يتناولها ، و « أوفوا بالعقود ^(١) » انما يراد منه العقود المتعارفة ، أى البيع والصلح والحوالة ونحوها ، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم اطلاق فيها يتناولها ، بل محكي الاجماع مستقيماً على اعتبار رضى المحيل يشهد بخلاف ذلك ، كما أن اتفاقهم - على أن المحيل والمحتمل من أركان عقد الحوالة ، و أن بالايجاب من الأوّل ، والقبول من الثاني يتم العقد - يشهد بخلافه أيضاً ، ضرورة عدم اختلاف اركانها ، ودعوى قيام المحال عليه مقام ذلك مصادرة محضة ، مخالفة لما عرفت ، فالاولى عدم الاستثناء المزبور ، هذا كله في الأوّل والآخر .

وأما اعتبار الرضا في الثاني فهو المشهور بل عن الارديلي أنه لم يظهر فيه خلاف ، بل في محكي التذكرة نسبته إلى أصحابنا ، واختلف إلى علمائنا . بل عن الشيخ دعوى الاجماع ، وان كنالم نتحققه ، وإنما المحكي عن المبسوط والخلاف مانع الغنية والسرائر من الاجماع على صحة الحوالة مع رضاه ، بخلاف حال عدمه ، وهو كما ترى ليس اجماعاً في المقام ، بل مشعر بوجود الخلاف ، إلا أن الظاهر ارادته ، ولومن العامة .

نعم هو محكي عن التقى ، بل لعله ظاهر المحكي عن المقنعة والنهاية ، بل عن الفاضل في المختلف الميل اليه ، بل هو خيرة المقتصر والتنقيح ، وايضاح النافع ، والمسالك والروضة على ما حكى عن بعضها ، بل في الثاني إن اعتبرنا شغل النعمة والحوالة بمثل ما عليه ، فلا يشترط رضاه قطعاً ، وإن لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعاً ، وإن كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً نعم هو كذلك في سابقه أى الحوالة على البريء بناء على صحتها كما اعترف به غير واحد من الأفاضل بالبحث حينئذ في مشغول النعمة ولو بغير المثل كما ستعرف .

وعلى كل حال فليس للمشهور بعد الاجماع المحكي الذي لم نتحققه ، بل المضمون نوههم مما عرفت ، سوى أصالة بقاء الحق في نعمة المحيل المقطوعة بعموم « أوفوا » وباطلاقات الحوالة ، إذ لا ريب في عدم اعتبار رضاه في مفهومه المتحقق بالأيجاب من

المحيل ، والقبول من المحتال .

ومن هنا قيل مع فرض اعتباره لافرق بين مقارنته ، ولحوقه ، بل وسبقه ، إذ ليس هو من أركان العقد المعتبر فيه اتصال قبوله بإيجابه ، وكونه باللفظ العربي ومحو ذلك ، بل لا يبعد كونه كاشفاً مع فرض تأخره على نحو الرضا في عقد الفضولي ، إلا أنه لم أجد مصرحاً به ، كما أنني لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول ، بأن يكون هذا العقد مركباً من إيجاب ، وقبولين ، وإن كان هو مقتضى ما سمعته من دليلهم أيضاً ، وسوى اختلاف الناس في سهولة القضاء والأقتضاء المعلوم عدم رجوعه الى حاصل ، ضرورة تسلط الناس على أموالها ، ولذا جازت الوكالة على استيفائه ، ونقله إلى الغير ببيع وصلاح ونحوهما ، وسوى دعوى اقتضاء الحوالة النقل ، كما هو مقتضى ما سمعت من تعريفها بل في محكي التذكرة الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع ، وكذا عن الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر ، وأنه لذلك سميت حوالة ، ولا ريب في توقف الانتقال إلى ذمة الغير على رضاه التي يمكن منعها بالمعنى المزبور ، وأنها إنما تقتضي الوفاء بماله في ذمة الغير عما في ذمته ، خصوصاً بعد كون المتعارف في القصد بالتحويل ذلك ، لا انتقال ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه عوضاً مما له في ذمته ، ولا وجه لاقتضاءها ذلك ، مع فرض عدم قصده .

نعم هو كذلك في الحوالة على البريء التي هي كالضمان بخلاف الفرض الذي هو كالوفاء ، بل يمكن إرادته كونها ناقلة بمعنى اقتضاءها نقل ما في ذمة المحال عليه إلى ملك المحتال عوضاً مما له في ذمة المحيل .

ومن هنا تخيل بعض العامة أنها بيع أو معاوضة ، بل يمكن إرادتهم في التعريف المزبور وغيره ذلك أيضاً ، على معنى اقتضاءها انتقال مساوى حق المحتال في ذمة شخص آخر غير المحيل اليه ، بل قد يقال توسعاً : اقتضت نقل المال من ذمة إلى ذمة أخرى بالأعتبار المزبور .

وبالجملة فالمسلم والمتعارف في قصد المتعاقدين ذلك ، وهو لا يتوقف على الرضا ، إذ هو حينئذ كنقله بغير التحويل من البيع ونحوه ، وأما غيره فلا دليل عليه بعدان لم

يمكن من مقصود المتعاقدين ، بل لا يبعد البطلان مع فرض قصده ، وحينئذ فالقول بعدم اعتبار رضاه لا يخلو من قوة ، وإن كان الأحوط خلافه ، خصوصاً بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿مع تحققها﴾ جامعة للشرائط ﴿يتحول المال إلى نعمة المحال عليه﴾ ولو باعتبار انتقال عوضه الذي هو في نعمة المحال عليه اليه ، بل لعل المراد أنه يتحول المال أي يتبدل بما في نعمة المحال عليه خصوصاً بعد العلم بأن استقاضة هذه العبارة حتى حكى عليها الأجماع غير واحد ، بل صدرت ممن قد صرح بعدم اقتضاء الحوالة النقل بالمعنى السابق ، كالمحقق الثاني والشهيد الثاني اتماهوا في مقابلة المحكي عن زفر من العامة ، حيث قال بعدم تحول الحق من ذمة المحيل ، وجعلها كالضمان عندهم . ﴿و﴾ على كل حال ﴿يبرء المحيل وإن لم يبرأه المحتال على الأظهر﴾ الاً شهر بل المشهور ، لظهور عدم الرجوع في خبر أبي أيوب ^(١) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بماله ، أيرجع عليه قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» - في البراءة المزبورة كخبر منصور بن حازم ^(٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» وخبر عقبة ^(٣) عن أبي الحسن عليه السلام «سألت عن الرجل يحيل الرجل بماله على الصيرفي ، ثم يتغير حال الصيرفي ، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي ؟ قال : لا ، بل ذلك مقتضى الحوالة التي هي بمعنى النقل ولو بالوجه الذي ذكرناه الذي هو نقل المال الذي في نعمة المحال عليه إلى المحتال ، لكن من المعلوم كون ذلك بدلاً وعوضاً عما للمحتال في نعمة المحيل . لأنهما من قبيل الوفاء فيقتضى حينئذ براءة نعمة المحيل .

خلاقاً للمحكي عن أبي علي والشيخ في النهاية وأبي الصلاح والقاضي ، وظاهر

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الضمان الحديث - ١ -

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الضمان الحديث - ٣ - ٢ - ٤ -

المقنعة ، بل عن المقداد في التنقيح اختياره ، فاعتبروا براءة المحتال ، وإلا لم يبرء .
 لخبر زرارة ^(١) « عن أحدهما عليه السلام في الرجل يحيل الرجل بما كان له على
 رجل آخر فيقول له الذي احتال برأت معالي عليك ؟ فقال : إذا ابرءه فليس له أن
 يرجع عليه ، وإن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله ، لكنه خبر واحد موافق
 للمحكمي عن الحسن البصري ، ومحمتم لارادة الرجوع عليه ولو في حال الأعمار مع
 الجهل به ، وللكناية عن القبول والرضا بالحوالة ، فلا يصلح معارضاً لتلك الأخبار ،
 ولو على جهة التقييد ، ولامادل على لزوم في عقد الحوالة المستفاد من الآية والاجماع
 وغيرهما ، بل رد هذا القول - مضافاً إلى ما ذكرنا - بالاجماع بقسميه ، على اقتضاء
 الحوالة نقل المال من نعمة المحيل إلى نعمة المحال عليه ، ولكن قد يناقش بمنع الاجماع
 المزبور ، إذ لا يتصور معه الخلاف المذكور الذي قد سمعته من غير واحد ، بل المخالف
 إنما عبر بلفظ الأظهر ونحوه ، ولو أن هذا الاجماع محقق لم يتصور محل للإبراء
 معها ، كما لا يصح هي اذا وقع قبلها .

و من الغريب ما في المسالك في المقام حيث قال : « حكمان أحدهما : أن
 الحوالة تفيد نقل المال و تحوله من نعمة المحيل إلى نعمة المحال عليه ، وهو موضع
 وفاق مناو من العامة إلا من شذ منهم ، فإنه جعلها كالضمان بمعنى الضم ، و فساد
 ظاهر - إلى أن قال : - و ثانيهما : أن المحيل يبرأ من حق المحتال » إلى آخر ما
 ذكره مع أنه في السابق عند البحث على اعتبار رضى المحال عليه ، بعد أن ذكر دليل
 الخصم أنها تقتضي الانتقال قال : « انا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل ، بل هي إبقاء لما
 في نعمة الغير ، فلا يقصر عن بيعه ولا يشترط فيه رضاه » إذ مع فرض تحقق الاجماع
 المزبور لا يتصور النزاع المذكور .

نعم ما يمكن تسليمه من الاجماع اقتضاء الحوالة النقل بمعنى انتقال ما في نعمة
 المحال عليه إلى المحتال ، و أما اقتضاؤها مع ذلك براءة نعمة المحيل على وجه ليس
 له الرجوع عليه وإن لم يقبض من المحال عليه ، فلا ، عند من عرفت ، بجما بين النصوص

المزبورة بالاطلاق والتقييد ، مضافاً إلى اصاله بقاء ذمة المحيل ، وإن كان الاقوى خلافه
لتصور الخبر المزبور عن ذلك ، ولأن الحوالة وإن كان الاصح أنها قسم برأسه ، لكنها
بحكم الاستيفاء أو الاعتياض .

وعلى كل حال تقتضى براءة ذمة المحيل ، ولأن المراد والمقصود من المتعاقدين
بها ذلك ، فيعلم أن شرعيتها على الوجه المزبور بحيث لو قصد اخلافه مصرحين لم تشرع
الحوالة كما هو واضح والله العالم .

﴿ ويصح أن يحيل على من ليس ﴾ له ﴿ عليه دين ﴾ وفقاً للمشهور بل عن
السرائر الأجماع عليه وهو الحجة بعد اطلاق النصوص السابقة ، وعموم دأوفوا
بالمعقود ، والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها ، خلافاً للمحكي عن الشيخ في آخر
الباب ، وربما حكى عن القاضي وابن حمزة ، وإن كنا لم نتحققه ، فانهصر الخلاف
فيه ، بل المحكي عنه في أوّل الباب الموافقة .

وبنى الخلاف بعضهم على أن الحوالة اعتياض أو استيفاء ، فعلى الأول لا تجوز ،
وعلى الثاني تجوز ، وفيه : أن الاصح كونها أصلاً برأسه ، وإن لحقها حكم الوفاء
في بعض الاحوال ، والاعتياض في بعض آخر ، وإلا فمن المعلوم أنها ليست وفاء حقيقة
ولذا لا يجب قبولها ، وإن كانت على ملى ، ولا يبعاً كذلك ، ولذا لم يثبت لها حكم
التقاضي في المجلس لو كانت في النقد .

وعلى كل حال فلا دليل للنصم سوى الأصل المقطوع بما عرفت ، ودعوى
استبعاد اختلاف مقتضاها ، والمراد منها ، إنه على مشغول الذمة انتقال ، وعلى البرى
معنى الضمان .

و من هنا قال المصنف : ﴿ لكن ذلك بالضمان أشبه ﴾ بل عن الكشائي الأظهر
أنها ضمان ، وإن كان فيه ما لا يخفى ، ضرورة عدم حصول انشاء ذلك من المحال عليه
حتى تكون ضماناً ، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحوالة التي هي

حينئذ بمعنى الوفاء بإثبات مثل ذلك في نعمة البريء ، أو الاعتياض عنه بذلك ، وهو معنى غير معنى الضمان ، بل هو قريب من الحوالة على المشغول ، ومثل ذلك لا يقدح في العقد ، فإن أفراد البيع مثلاً أشد من ذلك تفاوتاً ، فما عن الكركي من التأمل في الجواز في غير محله والله العالم .

﴿ وإذا أحاله على الملى ﴾ الوفي ﴿ لم يجب القبول ﴾ بخلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل قد عرفت المحكي منه على رضى المحتال مستقيضاً ، مضافاً إلى الأصل السالم عن معارضة مادل على وجوب قبول الوفاء من باذله ، بعد معلومية عدم كونها وفاء حقيقة ، على وجه تندرج في إطلاق تلك الأدلة ، بل هي ناقلة كما عرفت .

فما عن داود الظاهري من الوجوب لذلك - وللنبوي عليه السلام المرسل « إذا أحيل أحدكم على الملى فليحتل » الذي لم نجده في طرقنا ولا جابر له ولا شاهد وينبغي حمله على التدب - واضح البطلان .

﴿ لكن لو قبل ﴾ الحوالة عليه ﴿ لزم وليس له الرجوع ولو افتقر ﴾ كما لو كان فقيراً أمن أو لو قد علم به ورضي ، بخلاف ولا إشكال ، بعدم معلومية كون الحوالة من العقود اللازمة ، مضافاً إلى النصوص السابقة خصوصاً خبر عقبة منها بل عن الخلاف أنه المروي عن أمير المؤمنين عليه السلام ، فما عن أبي حنيفة - من أن له الرجوع إذا جعده المحال عليه ، أو مات مفلساً ، وعن عمرو أبي يوسف و محمد بن الحسن إذا أفلس وحجر عليه الحاكم - واضح الفساد من غير فرق في ذلك بين أخذ المحتال شيئاً من المال وعدمه ، لإطلاق النص ومعقد الإجماع وغيرهما من أصالة اللزوم ونحوها ، بل عن المختلف الإجماع على ذلك صريحاً ، خلافاً للمحكي عن سلاّر فجوز الرجوع مع عدم الأخذ لعدم نعمة القبول بدونه ، وهو شاذ نادر واضح الضعف نعم هذا كله في المحال عليه الملى ثم افتقر .

﴿ أما لو قبل الحوالة جاهلاً بحاله ، ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ

والعود على المحيل ﴿بلاخلاف أجده فيه كما عن الغنية الاعتراف به ، بل في محكي
التذكرة نسبته إلى علمائنا ، والسرائر إلى أصحابنا ، بل عن الخلاف الإجماع عليه ،
وهو الحجة بعد النصوص السابقة ، وقاعدة الضرر وغيرها ، بل ظاهر اطلاق النص و
الفتوى ما صرح به جماعة من ثبوت الخيار أيضاً ، حتى لو تجدد اليسار والعلم بسبق
الفقر ، لتحقق المقتضي له فيستصحب ، وليس العلة الأعسار مادام ، ليزول بزواله ،
و دعوى كون المنشأ في ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لاشاهد لها ، بل الشاهد على
خلافها متحقق ، ويمكن أن يكون ذلك حكمة لآلة .

و عن الفخر أنه بنى ذلك على كون علل الشرع معرفات ، أو علل حقيقية ،
و على الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثر أو محتاج ، فعلى الأولين يثبت الخيار ،
وعلى الثاني من الثاني يزول ، ولا بأس به بعدمعرفة كون علل الشرع معرفات ، وعدم
احتياج الباقي في بقائه إلى غير الأول كما هو محرز في محله ، وهل هو على الفور أو
الترخي ؟ وجهان : أقواهما الثاني ، للاطلاق وغيره ، كما ذكرنا في نظائره ، ثم إن
الظاهر إرادة الأعسار من الفقر في كلام المصنف اقتصاراً على المتيقن فيما خالف قاعدة
اللزوم ، كما أنه المراد من الإفلاس في النص ، لانهجير الحاكم بالإفلاس .

نعم الظاهر ثبوت الخيار له وإن بذل المال بقرض ونحوه ، بل ولو تبرع متبرع
عنه ، للاطلاق ، ومنه يعلم أن ليس المدار على قاعدة الضرر ، على وجه يدور الحكم
معه ، وقد تقدم في الضمان ما لا يخفى عليك جريانه في المقام ، كغيره من أحكام الأجل
واشترط الخيار وغير ذلك مما لا فرق فيه بين الضمان والحوالة ، خصوصاً إذا كانت
على البرى .

﴿ وإذا أحال بما عليه ﴾ على مشغول له بذلك ، أو برىء بناء على الصحة ﴿ ثم
أحال المحال عليه ﴾ المحال ﴿ بذلك الدين ﴾ كذلك ﴿ صح ﴾ ﴿ بلاخلاف ولا إشكال
لاجتماع شرائط صححتها فتندرج في إطلاقها المندرج في آية « أوفوا بالعقود »^(١) ،
﴿ وكذا لو ترامت الحوالة ﴾ بتعدد المحال عليهم ، واتحاد المحال ، كما لو أحال

المدينون زیداً علی عمرو ، ثم أحال عمرو ، زیداً علی بكر ، ثم أحال بكر ، زیداً علی عمرو وهكذا ، لوجود المقتضي وارتفاع المانع ، وتعدد المحتال أو المحيل واتحاد المحال عليه ، كما لو أحال المحتال من له عليه دين علی المحال عليه ، وهكذا بل كما يصح تراميها يصح دورها ، كالضمان بأن يعود إلى المحيل الأول إذا فرض شغل ذمته للمحال عليه ، أو قلنا بصحتها علی البريء ، بل لم نجد خلافاً هنا وإن سمعته في الضمان كما هو واضح .

﴿ وإذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة ﴾ هو كما لو قضاه اجنبي المعلوم حكمه بأنه ﴿ إن كان بمسألة المحال عليه ، رجع عليه ، وإن تبرع ، لم يرجع ويبرأ المحال عليه ﴾ ضرورة كونه بالحوالة قد برئت ذمته فيكون حينئذ ادأؤه كاداء الاجنبي الذي قد علمت حكمه .

﴿ ويشترط في المال ﴾ المحال به ﴿ أن يكون معلوماً ﴾ في المشهور علی ما اعترف به غير واحد ، بل عن مجمع البرهان لعله لا خلاف فيه ، بل في المحكي عن التحرير يجب ان يكون معلوماً ، فلا يصح بالمجهول اجماعاً بل في مقتضى الكرامة لم نجد المخالف ، وإتما ذكرت الصحة مع الجهل احتمالاً في التذكرة والمسالك ومجمع البرهان ، نعم لم يذكر هذا الشرط في عداد الشرائط في الوسيلة والغنية وغيرهما ، ولعله وإن أمكن أن يكون ذلك لمعلوميته ، إلا أن الإحصاف عدم خلوه عن الإشكال إن لم يتم الإجماع المزبور ، خصوصاً علی ما يظهر من قواعد الفاضل ، من اعتبار علم الثلاثة ، ضرورة عدم الدليل عليه إلا دعوى الفرر الذي لم يثبت مانعته علی الإطلاق ، حتى لو قلنا بأن الحوالة اعتياض ، فإنه أيضاً لم يثبت مانعته في مطلق المعاوضة .

وأما علی القول بأنها استيفاء فقد قيل : إنه لا يمكن استيفاء المجهول ، ومنعه واضح ، خصوصاً بعد ما عرفت من صحة ضمان المجهول ، ويلزم ممّا تقوم به البينة ، والأولى إحالة ذلك علی ما سمعته في الضمان ، خصوصاً في الحوالة علی البريء التي هي شبيهة به ، وخصوصاً مع فرض امكان اندفاع الجهالة بعد ذلك بالرجوع إلى دفتر ونحوه ، أو كانت الجهالة في خصوص المقدار مع العلم بعدم زيادته عن مائة مثلاً ، وعد

نقصاته عن عشرة ، على أن الحوالة به على جهالته تقتضى ثبوته في ذمة المحال عليه ، نحو ما كان في ذمة المحيل ، فيرجع معه إلى الصلح ونحوه نعم يتم ذلك في الجهالة بسبب الإيهام بالحوالة بأحد الدينين على حسب ما عرفته في الضمان فلا حظ وتأمل والله العالم . وكذا يعتبر فيه أن يكون ﴿ ثابتاً في النعمة ﴾ أي ذمة المحيل ، ولو متزلزلاً فلا حوالة في غير الثابت فيها ، وإن وجد سببه كمال الجعالة مثلاً قبل العمل ، بناء على عدم ثبوته في الذمة قبله ، فضلاً عما لم يوجد سببه كالحوالة بما يستقرضه ، نحو ما سمعته في الضمان ، بل في بطلان الحوالة في المتزلزل حينها بالقسخ بعد ذلك نظر ، وإن وجب عليه دفع الثمن مثلاً من غير ذلك .

نعم تصح الحوالة بالثابت في النعمة ﴿ سواء كان له مثل كالطعام ، أو لا مثل له كالعبد والثوب ﴾ لا إطلاق الأدلة وعمومها ، من غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمة بمثله وصفاً وجنساً أو على برئ خلافاً للمحكي عن الشيخ في أحد قوليهِ وابن حزمه فمنعنا من الحوالة بالقيمي ، للجهالة ، وضعف واضح ، بعدم معلومية صحة السلم وغيره فيه ، باعتبار انضباطه بالوصف فمع فرض اشتغال ذمته بعبد موصوف مثلاً بماله في ذمة آخر ، أو كان بريئاً وأراد اثباته في ذمته على نحو ما كان عليه بطريق الحوالة أو الضمان لم يكن وجه للاشكال في صحته .

كما لا وجه للاشكال في صحة ذلك لو فرض كون الثابت في الذمة قيمة القيمي باتلاف ونحوه ، ضرورة كون الحوالة حينئذ بالقيمة التي هي مثلية ، فليس حينئذ للجهالة التي ذكرها محل حتى مع فرض تعذره الموجب للرجوع إلى القيمة كالمثلي ، بل لا يبعد إن لم يكن إجماعاً جواز الحوالة بالأعمال على البريء أو على مشغول الذمة للمحيل بمثلها ، بناء على أنها بحكم المال ، بدليل صحة وقوعها ثمناً للمبيع وعوضاً للمخلع ومهرأ في النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره ، وحينئذ فيصح إحالة مشغول النعمة بقراءة القرآن وزيارة ، أو صلاة ، أو حج أو غير ذلك على برئ أو على مشغول النعمة بمثل ذلك ، وكذا يصح ضمانه ، لكن لم أجد مخرجاً به ، كما أنه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر ، بل هو غير متعارف .

﴿و﴾ كيف كان فعن الشيخ في أوّل الباب من المبسوط ، وابنى زهرة وحمزة والقاضي أنه ﴿يشترط﴾ في صحة الحوالة ﴿تساوي المالكين﴾ أي المحال به والمحال عليه ﴿جنساً﴾ ونوعاً ﴿وصفاً﴾ بل لعله ظاهر النافع وغيره مما عرّف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله ، بل عن التذكرة من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين ، للاصل بعدم إطلاق في نصوص الباب يوثق به في تناول المفروض ، ولاسيرة كاشفة ولاغيرهما مما يطمئن به .

و«أوفوا بالعقود» قد ذكرنا غير مرّة أن المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفة المذكورة في كتب الفقهاء ، فلا دلالة فيها على صحة المشكوك فيه من أفراد نوع منها ، بعد أن لم يكن في أدلته بالنصوص إطلاق صالح لشموله ، على أن في الحكم بالبطلان ﴿نفصيا من التسلط على المحال عليه﴾ بما لم تشتغل ذمته به ﴿أذلا يجب﴾ عليه ﴿أن يدفع إلّا مثل ما عليه﴾ وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي معاوضة مستقلة أو وفاء للدالة الخاصة التي لا تشمل الحوالة قطعاً ، وإن كان لها حكم الوفاء في بعض الاحوال دون بعض ، كما عرفت مسبقاً ولعله إلى ذلك يرجع الاستدلال على المطلوب من بعضهم ، بأن حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فإذا كان على المحيل دراهم ، وله على المحال عليه دنانير ، كيف يصير حق المحتال عليه دراهم ، ولم يقع عقد يوجب ذلك ، فإن الحوالة إن كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه ، وأقرضه المحال عليه ، فحقه الدراهم ، لا الدنانير ، وإن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصدها تحصيل ماليس بحاصل ، من جنس مال ، أو زيادة قدر أو وصف ، وإلما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة ، فاشترط فيها التجانس والتساوي لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمته ، بتقريب كون المراد أن الثابت من مشروعية الحوالة النقل المزبور والتبديل المذكور ، لا غيره ، وحينئذ لا تقتضي غيره وإن تراضيا ، لأن تراضيهما على ما لم يجعله الشارع مقتضى عقد ، لا يكون مقتضياً لترتب ذلك عليه وإن قصداه وتراضياه .

﴿و﴾ لكن مع ذلك كله قال المصنف : ﴿فيه تردد﴾ بل عن المبسوط في

موضع منه والتذكيرة، والتحرير، والحواشي، واللمعة، والتنقيح، وإيضاح النافع، وجامع المقاصد، والمسالك، والروضة، ومجمع البرهان، والمفاتيح، اختيار الجواز.

بل في المسالك «أنه إن اشترطنا رضی المحال عليه وجوزنا الحوالة على البريء فلا وجه للمنع أصلاً، لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس لتصح، فإذا كان ورضي تعين الجواز، بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة، لأن الحوالة إن كانت استيفاء كما هو الظاهر، فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي، وإن كانت اعتياضاً فكذلك، لجواز المعاوضة على المختلفين، وليست معاوضة يبيع حتى يعتبر فيها التقاض حيث يعتبر فيه. نعم قد نقول هنا مع جواز الحوالة على البريء أن الحق لم يتحول إلى الدنانير، وإنما لزم المحال عليه للمحتمل دنانير، وبقيت الدراهم في نعمته للمحيل، فيعتبر في التقاض تراض جديد، وهذا أحسن، إلا أن الأول أجد، لحصول التراضي سابقاً على تحول الحق إلى ما في نعمة المحيل، وحينئذ لا تسلط الذي هو بوائمه اتفق منعه بالتراضي ﴿ثم قال﴾: وقد تحرر من ذلك أن القائل بعدم صحة ذلك لا يتم له مطلقاً، إلا أن يقول بعدم جواز الحوالة على البريء وإلاً صحت الحوالة هنا، إلا أنها تكون كالحوالة على من لا دين له عليه، لأنها تقع باطله مطلقاً، إذ لا تقصر عن تلك، وأن القائل بعدم اعتبار رضی المحال عليه، لا يتجه له القول هنا بالصحة، سواء تحول الحق إلى جنس المحال به، أم بقي كل واحد بحاله، لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي، فإن الأول استيفاء من غير الجنس له، أو معاوضة عليه، والثاني حوالة على البريء، وكلاهما مشروط بالرضا، نعم لو قصد بالحوالة تحول حق المحتمل إلى ما في نعمة المحال عليه إتيجه القول بالجواز، من دون رضی المحال عليه، وسقط معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعاً، انتهى كلامه وقلناه بطوله. لأنه أقصى ما قيل في المسألة.

ولكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه من عدم إفادة التراضي بعد فرض عدم اقتضاء مشروعية الحوالة ذلك، لعدم الدليل، وما ذكرناه أيضاً

من أنها عقد مستقل برأسه ، وإن ثبت له بعض أحكام الاداء ، وبعض أحكام المعاوضة ، إلا أن ذلك لا يقتضى ترتيب جميع أحكامها كما هو واضح .

و أما ما ذكره من بناء المسألة على جواز الحوالة على البريء ، فهو خارج عن المقام قطعاً ، ضرورة كون المراد الحوالة على نفس الحق المخالف ، لا الحوالة على من عليه الحق ، مع قطع النظر عن ذلك ، و دعوى صيرورتها حوالة على بريء مع فرض قصد الجميع الحوالة على نفس الحق كما ترى .

وبذلك يظهر أن هذه المتعبدية التي ذكرها لاطائل تحتها ، وإنما وجه المسألة هو اثبات صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل ، و عدمه ، فبين جازم في الأول ، و جازم في الثاني ، و متردد ، ولا ريب في أن مقتضى الأصول العدم ، ولو للشك في ذلك لعدم الاطلاق الذي يوثق به ، فضلاً عن غيره كما عرفت مفضلاً ، والاحتياط في ذلك غير خفي ، ولو بأن يقلب حق المحتال إلى جنس ما عليه الحق بعقد من العقود القابلة لذلك ، ثم يحيله عليه أو بغير ذلك .

﴿ ولو أحوال ﴾ على محال ﴿ عليه فقبل وأدى ثم طالب بما آداه ، فادعى المحيل أنه كان له عليه مال ، وأنكر المحال عليه ، فالقول قوله مع يمينه ﴾ لان الأصل البراءة ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ يرجع على المحيل ﴾ بما آداه ، و رضاه بعقد الحوالة ، أعم من اشتغال نعمته ، لما عرفت من صحتها على البريء بل في المسالك ، ومحكي جامع المقاصد و مجمع البرهان أنه كذلك حتى لو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه .

قال في الاول منها : « تساقط أصلى البراءة وصحة العقد بالتعارض ، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بأذنه ، فيرجع عليه ، ولا يمنع وقوع الأذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضى بطلانها لبطلان تابعها ، لاتفاقهما على الأذن ، وإنما اختلفا في أمر آخر ، فإننا لم يثبت ما اختلفا فيه ، يبقى ما اتفقا عليه من الأذن في الوفاء المقتضى للرجوع ، على أن في زوال الأذن الضمني بزوال ما يثبت في ضمنه هنا يأتي تحقيقها انشاء الله في الوكالة المعلقة على شرط » .

وفيه : أن المنتجه تقديم قول المحيل ، مع فرض اعتراف المحال عليه بالحوالة

المحمولة على الصحيح، القاطع لأصل البراءة، ولاقتضاء الرجوع بالإذن، ضرورة كون الاعتراف بها اعترافاً بشغل الذمة أما مع عدم اعترافه بكون الواقع الحوالة ولكن أحال عليه بآذنه لاحقاً أو سابقاً فمن التذكرة ذلك أيضاً، لورود أصل الصحة على أصل البراءة، وانقطاعه به .

لكن قد يناقش بعدم اقتضاء أصل الصحة شغل ذمة الغير الذي رضاه ليس من أركانها، فهي حينئذ صحيحة في حق المحيل والمحال، فلو ادعى أحدهما بطلانها كان القول قول مدعي الصحة منهما، أما المحال عليه فهو خارج عن أركان عقدتها، إذ القبول الذي قام به العقد من المحال لأمته، فلا يقتضي صحتها فيما بينهما اشتغال ذمة الخارج وإن قلنا باعتبار رضاه، وحينئذ فأصل البراءة سالم عن معارضة أصل الصحة الذي هو في حق المتعاقدين، فيبقى قاعدة احترام مال المسلم الذي لم يتبرع بأدائه بحالها، ولو للإذن في ضمن الحوالة التي هي صحيحة في حق المحيل، باطلة في حق المحال عليه، وليس ذلك من بقاء الإذن الضمني بعد زوال مائتبه في ضمنه المفروض من بطلانه حتى في الوكالة المعلقة على شرط، كما أوضحناه فيها .

وما ذكرنا يظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه دليلاً للمسألة، والأولى تقريره بما قلناه، ولعله إليه أوماً في جامع المقاصد - في الرد على دعوى تعارض أصلى البراءة والصحة، - بقوله « سيأتي عن قريب بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل ». وعلى كل حال فقد يشعر قول المصنف وغيره « قبل وأدى » كون الحوالة على البريء كالضمان في عدم استحقاق الرجوع إلاً بالاداء، لما عرفته في الضمان الذي يشبهه المفروض فلاحظ والله العالم .

﴿وتصح الحوالة بمال الكتابة﴾ ولو المشروطة ﴿بعد حلول النجم﴾ لثبوته في ذمة المكاتب ﴿وهل تصح قبله؟ قيل:﴾ والقائل الشيخ على ما في المسالك ﴿لا﴾ يصح لجواز تعييز نفسه، فتتفسخ الكتابة، وقد منعوا ذلك عليه كما تسمعه في باب الكتابة، إنشاء الله، ومع تسليمه فأقصاه كون المال في ذمة العبد مترزلاً كالثلثين في مدة الخيار، وذلك لا يمنع الحوالة، كما لا يمنع ضمانه .

نعم لو قلنا بعدم اقتضاء الكتابة ثبوت مال في نعمة العبد - ، لعدم نعمة اختيارية له ، وإن وجب عليه أداء مال الكتابة إلا أنه من التكليف لا الدين - اتجه حينئذ عدم صحة الحوالة به ، من غير فرق بين حلول النجم وسابقه ، بل المحكى عن الشيخ عدم الفرق بينهما أيضاً فحوما سمعته في الضمان .

ثم إنه في المسالك بعد أن اختار جواز الحوالة به مطلقاً قال : « فملى هنا فلا يعتق العبد بالحوالة لأنها ليست في حكم الأداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها ، وإن افرقا بكون الحوالة لازمة ، وحينئذ فلو اعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة ، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة ، لأن المال صار لازماً للمحتال ، والبطالان طار ، ولا يضمن السيد ما يفرمه من مال الحوالة » .

ولا يخفى عليك ما فيه من التفرع أولاً . وإنكار كون التحويل بحكم الاداء ثانياً ، مع أنه اعترف به فيما يأتي بأنها تفيد ملك المال للمحتال ، مضافاً إلى اعترافه سابقاً باقتضاءها براءة نعمة المحيل مما عليه ، وبراءة نعمة المحال عليه مما كان للمحيل عليه ، لأنها استيفاء أو اعتياض .

وعلى كل حال فهي بحكم الاداء هنا وفي غيره ، بل لعلها كالضمان الذي اعترف بكونه أداء سابقاً أو أولى ، بل اعترف أيضاً بكونها كالاداء فيما لو أحال العبد سيده ، كما ستسمع ، و عدم بطلان الحوالة على مال الكتابة بعد فرض بطلان الكتابة ثالثاً ، و حينئذ فالمتجه تحريره بذلك ، و بطلان عتق السيد .

﴿ ولو باعه السيد سلعة فأحاله بثمنها جاز ﴾ لأن حكم المكاتب بالنسبة الى ذلك حكم الاحرار ، من غير فرق بين سيده وبين غيره ، خلافاً للمحكى عن الشيخ فمنع جواز شرائه من سيده ، لجواز فسخ الكتابة الموجب على فرض صحة البيع استحقاق السيد على عبده شيئاً ، بخلاف الأجنبي ، بل في المسالك نسبته الى الشيخ و جماعة وإن كنا لم نتحققه ، بل في قواعد الفاضل أنه الاقرب وهو كما ترى .

﴿ ولو كان له ﴾ أي المكاتب ﴿ على أجنبي دين فأحال ﴾ سيده ﴿ عليه ﴾ ﴿ بجميع ماله من ﴾ مال الكتابة ﴿ الذي في نعمته ﴾ صح ﴿ لوجود المقتضى ﴾

و ارتفاع المانع و ﴿لانه يجب عليه﴾ أى المديون ﴿تسليم﴾ ما عليه ﴿ه﴾ من الدين لصاحبه ، أو لمن يحيله عليه به ، وكان ذلك اداء منه موجباً لتحريره كما اعترف به في المسالك وغيرها ، سواء أدى المحتال عليه المال للسيد أولاً ، بل لو أفلس لم يتغير الحكم . نعم لو كان ما أحاله به دين مترازل ، ففى نفوذ التحرير أو مراعاته بعدم الفسخ إشكال .

و أما أحكامها : فمسائل

﴿ الأولى : إذا قال ﴿ لمن له عليه دين : ﴿ أحلتك ﴾ بالدين الذى لك على على مالى ﴾ عليه ﴾ من دين ونحو ذلك مما هو صريح في الحوالة فلا إشكال في تقديم قول مدعيها ، أما لو قال أحلتك عليه ونحوه مما هو ليس صريحاً فيها ﴾ فقبض فقال المحيل : قصدت الوكالة ، و قال المحتال : إنما أحلتني بما عليك ف﴾ عن المبسوط ان ﴿ القول قول المحيل ﴾ .

بل في المسالك نسبته الى الشيخ وجماعة ، وان كنا لم نتحققه نعم في قواعد الفاضل انه أقرب ﴿لأنه أعرف﴾ بما قصد ﴿ بلفظه ﴾ إذ لا يعلم إلا من قبله ، مضافاً إلى أصالة بقاء المال ملكاً للمحيل ، وبقاء حق المحتال في ذمته ، وتعارف عقد الوكالة بنحو ذلك ، كتعارف اسم التحويل على الوكيل الذي لادين له ، خصوصاً إذا كان المراد الاذن في القبض له لا للموكل .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿فيه تردد﴾ من ذلك ، و من أن الاصل ارادة الحقيقة التى هي الحوالة بالمعنى المتعارف ، بخلاف الوكالة ، و إن صح عقدها بلفظ التحويل بالقرينة ، بل في جامع المقاصد ومحكى التحرير ترجيح قول المحتال ، لأنه الموافق للأصل المزبور الذى يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينة ، والالزم الاغراء بالجهل ، بل لو قدح احتمال التجوز لقدح في جميع الأبواب من بيع ، أو صلح و إقرار و نكاح وغيرها ، فيكون حينئذ قول المحيل مخالفاً للأصل يكلف بالبيئنة وأما الاصلان

المزبوران فيقطعهما ظاهر لفظ الحوالة المحمول على ذلك ، بل لو سلم تعارض الأصول كان مقتضى اليد كافياً في ذلك ، لأن الفرض أنه قبض .

و في المسالك : هذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازاً في الوكالة ، لكنه محل نظر ، لأن الوكالة لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الأذن بطريق الحقيقة ، و كان معنى الحوالة مؤدياً لذلك ، لأن معنى أحلتك كما يحتمل إرادة تحويل المال من ذمة إلى ذمة ، يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال ، ففائدتها تسليطه على المحال عليه ، أو نقول إن دلالتها على الإذن للمحتال حاصلة على التقديرين ، وإنما الكلام في معنى الزائد على الأذن ، وهو تحويل الحق **﴿ ثم قال ﴾** : و كون المراد منها الحوالة بالمعنى المتعارف أظهر ، لاشبهه فيه لكنه لا يدل على مجازية الآخر ، لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد به أحد معانيه بقرينة ، وإلا فمرجع الأمر إلى أنه هل هو من باب الحقيقة ، أو المجاز ، أو من باب المشترك الذي دلل القرائن على إرادة أحد معنييه ، وتظهر الفائدة في كون الآخر حقيقة ، أو مجازاً و بواسطة ذلك يختلف الحكم .

ثم استشعر بأن التبادر علامة الحقيقة ، وعدمه علامة المجاز ، ولاريب في تبادر المعنى المتعارف من لفظ الحوالة ، بخلاف الوكالة المحتاجة إلى القرائن ، وأجاب بأن هذه العلامة لا تتم في المشترك الذي يتبادر إلى ذهن أحد معنييه مع القرينة ، مع أنه حقيقة في الفرد الآخر أيضاً .

ثم استشعر بأن الحوالة في الفرد المتعارف حقيقة شرعية ، وفي الوكالة حقيقة لغوية ، وعند التعارض تقدم الأولى ، خصوصاً مع اعتضاها بالعرف المقدم على اللغة أيضاً ، ثم أجاب بأنها في الوكالة أيضاً حقيقة شرعية ، وإن وافقتها اللغة ، وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضى ترجيح أحد معنيي المشترك ، وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة .

ثم استشعر بأن من المعلوم أولوية المجاز من الاشتراك عند التعارض ، وأجاب بمنع ذلك أو لا ، بل قد قال جمع من المحققين بأولوية الاشتراك و بتسليمه ثانياً و

ولكن إذا لم يثبت ، وقد اثبتناه ، ثم قال ما حاصله : أنه وإن كان الظاهر من معنيي المشترك في المقام المعنى المتعارف ، إلا أنه يرجع الأمر إلى تعارض الأصل - الذي هو بقاء حق المحيل والمحتمل - والظاهر ، فإن قدمنا الأول كما هو الراجح في استعمالهم ، فالقول قول المحيل ، كما اختاره المصنف وجماعة ، وإن قدمنا الظاهر ، فالقول قول المحتمل إلى غير ذلك مما اطنب فيه .

و هو كما ترى ، بل ما كنا لنؤثر وقوع ذلك منه ، ضرورة أنه لم يذكر دليلاً صالحاً للاشتراك ، فإن وقوع الوكالة بكل لفظ يدل على الإذن حقيقة ومنه الحوالة لا يقتضي ذلك ، كما أن دلالتها على الإذن للمحتال بطريق الحوالة كذلك أيضاً ، للقطع بكونها إسماعاً للعقد المخصوص ، ومن هنا لا يحتاج انشاؤه بها إلى قرينة تدل على ذلك .

و أغرب من ذلك انكار كون التبادر علامة للحقيقة ، محتجاً عليه بما عرفت ، مع أن من المعلوم إرادة التبادر من حيث اطلاق اللفظ ، لامع القرائن ، ولأريب في أن المشترك مع عدم القرينة يتبادر جميع معانيه ، وهو علامة كونه حقيقة فيها ، وتبادر بعضها خاصة بالقرينة لا ينافي ذلك .

و أغرب منه جميع ما ذكره من الحقيقة الشرعية واللغوية والعرفية ، و أغرب منه قوله تعارض الأصل ، والظاهر ، مع أن المقام ظاهر لفظ لا يعارضه الأصل ، و بالجملة هو رحمه الله و إن اطنب في ذلك لكن بما لا ينبغي صدوره منه ، والتحقيق ما عرفت هذا كله مع القبض .

﴿ أما لو لم يقبض واختلفا فقال : وكلتكم فقال : بل أحلتني ف ﴾ في المتن أن ﴿ القول قول المحيل قطعاً ﴾ كما في القواعد لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا ، ضرورة أن عقد الحوالة من العقود اللازمة المقتضية تملك المحتمل المال المحال به ، وانزال المحيل عنه على وجه لو أراد إبداله لم يكن له ، لصيرورته ملك المحتمل على وجه اللزوم ، وحينئذ فلا يتفاوت الحال بين القبض وعدمه ، لانه استيفاء يترتب عليه الملك و إن لم يحصل القبض ، إلا أنه لا ينكر ظهور قطع المصنف هنا ، و تردده

في الصورة السابقة في ان منشأ ذلك القبض و عدمه ، و كان الوجه فيه ما أومأنا اليه من تحقق ضابط المنكر في صورة القبض ، و هو ما لو ترك ، لترك ، و كونه صاحب يد، فمن ذلك مع موافقة قول المحيل للأصول السابقة حصل التردد ، بخلاف صورة عدم القبض ، فإنه لا يد له ، ولا الضابط المزبور ، فانحصر ضابط الانتكار حينئذ في المحيل ، و هو جيد إن لم يكن ثمَّ ظهور فيما جرى بينهما من لفظ أحلتك في الحوالة ، ولو لتعارف إطلاق نحو ذلك في انشاء عقد الوكالة ، كما أن من المتعارف إطلاق التحويل على وكالة من لم يكن له دين على من عليه ، و خصوصاً اذا كان المراد تمصيل ذلك له لا للموكل .

ومن هنا قد يتوقف في الحكم على المحيل بشغل الذمة للمحتال لو فرض كون النزاع بينهما في ذلك مع اتفاقهما على صدور اللفظ المزبور بينهما ، و إن كان الأرجح مع فرض عدم ظهور اللفظ تقديم قول المحيل الموافق للأصول واليد ، وضابط المنكر إنما تجدى مع عدم استناده إلى التحويل المخالف للأصل ، كما هو المقرر .
نعم لو كان ابراز الدعوى بأن يقول المحيل وكلتك ، و الآخر يقول في جوابه لاحق لك عندي ، إنجبه حينئذ تقديم قوله عليه كما هو واضح .

ومن هنا يظهر لك أن القول قول المحيل على كل حال ، بعد فرض كون جواب لمحتال أنك أحلتني ، و فرض عدم ظهور ما اتفاقا عليه من جريان لفظ أحلتك بينهما في الحوالة ، وإلا كان القول قول المحتال ، تقديمًا لظاهر اللفظ القاطع للأصول بذلك .
﴿ ولو انعكس الفرض ﴾ بأن قال المحتال : وكلتني و قال المحيل : حوَّلتك ، بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة بينهما ﴿ فالقول قول المحتال ﴾ عند المصنف ، سواء كان قابضاً أو لا ، لموافقته للأصول ، لكن قد عرفت أن الأرجح كون القول قول المحيل ، ترجيحاً للموافقة لظاهر اللفظ ، القاطع للأصول الذي هو أصل مقدم على ذلك .

نعم لو لم يكن ثمَّ لفظ قد جرى بينهما ، و ادعى أحدهما الوكالة ، والآخر الحوالة كان القول قول من نفى الحوالة ، ثم لا يخفى عليك أنه إن قدمنا قول المحتال

في المسألة الاولى ، فان كان قد قبض برأت ذمة المحيل منه مقدار ذلك ، لا أخذه بزعمه منه قهراً فيقاصه قهراً ، وكذا برأت ذمة المحال عليه إن كانت مشغولة ، لثبوت الحوالة ظاهراً ، وإن كان لم يقبض فله المطالبة .

ولكن هذا كله إذا حلف ، وإن نكل حلف المديون ، وبطلت الحوالة ، وإن قدمنا قول المحيل ولم يكن قد قبض المحتال ، بطلت وكالته بانكاره ، بناء على اقتضاء ذلك بطلانها وحوالته بحلف المديون . وهل له أن يطالب المديون حينئذ بحقه ؟ لبقائه بزعم المديون حينئذ في ذمته ، أولاً لزعمه أن لاحقاً له على المديون بالحوالة وأن حقه على المحال عليه وجهان ، وإن كان قد قبض وكان المقبوض باقياً فعليه تسليمه للمحيل ، ولكن الظاهر أن لمطالبة المحيل هنا ، لأنه إن كان وكيلاً فحقه باق على المديون ، وإن كان محتالاً فقد استرجع المحيل ماله منه ظلماً ، فله الرجوع عليه ، وبذلك افرقت هذه الصورة عن صورة ما لم يقبض .

ولو كان المقبوض تالفاً ، فإن كان تلفه بتفريط أو تعدٍ ضمنه للمحيل ، ولكن يرجع عليه للمعرفة ، وإن كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان ، ينشأان من أنه وإن كان وكيلاً ظاهراً إلا أنه قبض المال لنفسه باعترافه ، وهو جناية يضمن بها ومن أنه إما وكيل بزعـم المحيل ، فلا يضمن المال إذا لم يفرط ، أو محتال فهو ماله ، وحينئذ فليس له مطالبة المحيل بحقه ظاهراً ، وإن كان بزعمه بقاؤه لاعتـرافه باستيفاء حقه كما هو واضح .

وأما إن قدمنا قول المحتال في المسألة الثانية ، وحلف ، فإن لم يكن قد قبض المال فليس له قبضه ، بناء على انمـزاله عن الوكالة بذلك ، وله مطالبة المحيل بحقه ، وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه بعد أدائه للمحتال ؟ وجهان ، من اعترافه بتحويل ما كان عليه إلى المحتال ، ومن أن المحتال إن كان وكيلاً فإنما لم يقبض بقي حق المحيل ، وإن كان محتالاً فقد ظلم المحيل بأخذ المال منه ، وما على المحال عليه حقه فالمحيل أن يأخذه عوضاً عما ظلم به ، وإن كان قد قبض المال فقد برأت ذمة المحال عليه إن كانت مشغولة على كل حال .

ثم إن كان المقبوض باقياً ردّه عليه ، وطالب بحقه ، وكان للمحيل أخذه مقاصّة
وفي المسالك « ففى جواز تملكه له أو وجوب ردّه على المحيل وجهان ، مأخذهما
أنه حبس حقه وصاحبه يزعم أنه ملكه ، واعترافه بأنه ملك المحيل ، وأنه المختير
فى جهة الأداء ، والاول أجود ، وفيه : أن المتّجه له بالحكم الظاهر ما ذكرناه كما
هو واضح .

وإن كان تالفاً بتفريط ، أو تعدّ فله المطالبة أيضاً بحقه ، وإن ضمنه للمحيل
'ترافه ، بل له أخذه منه مقاصّة بعد دفع حقه اليه ، وإن لم يكن بتفريط لم يضمنه
كان له المطالبة بحقه ، لكن فى المسالك « فى ضمانه وجهان ، مأخذهما ثبوت
وكيلاً ظاهراً ، فيده يداًماته ، وأنه لا يلزم من تصديقه فى نفي الحوالة تصديقه
، اثبات الوكالة ، ليسقط عنه الضمان ، لأن يمينه على نفي ما يدعيه المحيل ، لأعلى
اثبات ما يدعيه » وفيه : أن عدم ضمانه لاتفاقهما على عدم كون يده يدعدوان ،
والأصل البراءة ، وإن قدّمنا قول مدعى الحوالة حلف وبرىء من دين المحتال ،
وفي المسالك « و كان للمحتال مطالبة المحال عليه ، إمّا بالحوالة أو بالوكالة ، و
يملك ما يأخذه إمّا قصاصاً على زعمه ، أو لانه عين حقه كما اقتضاه الظاهر » وفيه :
أنه لا يجديه الظاهر بعد اعترافه بكونه غير حقه . نعم بناء على استحقاقه له باعتبار
'خذ المحيل ما فى نعمته عوضاً عن ذلك توجه له المطالبة به ، كما تقدّم نظيره فى
سألة السابقة ، بل يأتى أيضاً الكلام فى المباحث الآتية وإلا فلا والفرض انزعاه من
وكالة بانكارها .

﴿المسألة الثانية﴾ قال الشيخ فى المبسوط: «إذا كان له على اثنين ألف درهم ،
وكل منهما كفيل ضامن عن صاحبه ، فطالب أحدهما بالألف فأحاله بهاعلى آخر برىء
المحيل وصاحبه من الألف ، لأن الحوالة بمنزلة البيع المقبوض ، وإذا قضى دينه برىء
ضامنه ، وإذا قضى ما ضمنه برىء من عليه الدين ، وهو المضمون عنه ، فيجب أن يبرأ
صاحبه من خمسمائة التى عليه ، لأنه قضاها ، ومن خمسمائة الضمان ، لأنه قضاها عن
المضمون عنه ويرجع عليه بخمسمائة الضمان إن ضمن بإذنه ، والألف فلا ، ولو كان له

على رجلين ألف و لرجل عليه ألف ، فأحاله بها على الرجلين و قبل الحوالة كان جائزاً ، فإن كان كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصح الحوالة ، لأنه يستفيد بهامطالبة الأثنين كل واحد منهما بالألف ، وهذا زيادة في حق المطالبة بالحوالة ، و ذلك لا يجوز ثم قال - وقيل: يجوز له أن يطالب كل واحد منهما بالألف ، فإذا أخذه برى الآخر و هذا قريب ، و أورد عليه في المختلف بأن الضمان عندنا ناقل ، فإذا ضمن كل واحد منهما نصف الألف عن صاحبه فلا يخلو المضمون له ، إما إن يرضى بضامتهما معاً أو بضمان أحدهما خاصة ، أو لا يرضى بشيء منهما ، فإن رضى بهما معاً أو لم يرض بشيء منهما ، لم يكن له مطالبة كل واحد منهما بأكثر من النصف ، أما على تقدير عدم الرضا فظاهر ، وأما على تقديره فلا يقال ما في ذمة كل منهما إلى الآخر ، فيبقى كما لو لم يكن ضمان ، وليس له على تقدير الرضا مطالبة كل واحد منهما بالألف ، لأن الضمان عندنا ناقل ، و إنما يتأتى المطالبة على قول المخالفين ، لأن الضمان عندهم غير ناقل ، و أما إذا رضى بضمان أحدهما خاصة ، فإنه يطالبه بالألف خاصة ، وليس له على الآخر سبيل .

قلت : يمكن حمل كلام الشيخ على إرادة الكفالة من الضمان ولعله إلى ذلك أشار المصنف بقوله ﴿ إذا كان له دين على اثنين ، وكل منهما كفيلاً لصاحبه ، وعليه لآخر مثل ذلك ، فأحاله عليهما صح ، وإن حصل الفرق في المطالبة ﴾ على معنى انتقال حق الكفالة بالحوالة ، ولا يقدح اقتضاؤها حينئذ حقاً لم يكن في الدين الذي على المحيل ، لا إطلاق أدلتها ، وحينئذ للمحتمل المطالبة بحق الكفالة الذي قديوول بتعذر المكفول مثلاً إلى المطالبة بالدين ، كما ستعرف انشاء الله .

و من الغريب ما في المسالك ، فإنه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المختلف مقدمة للمسالة : قال « الشيخ ذكر هذه المسالة في المبسوط ، وحكم فيها بعدم الصحة ، ممللاً بزيادة الارتفاق ، و هذا لا يتم إلا على القول إن الضمان بمعنى الضم ، كما قد بيناه ، إذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق ، بل يبقى الحكم كما كان ، ومع ذلك فهو موضع نظر ، لأن هذا الارتفاق لا يصلح للمانعة ، والمعروف من مذهبنا هو

النقل ، فالبحث كله ساقط ، والمصنف وافق الشيخ على تصوير المسألة التي لا يتم إلا على القول بالضم ، وهو لا يقول به ، و خالفه في الحكم ، وحكم بالصحة فيها منبهاً على أن الرفق المذكور غير مانع ، بقوله وإن حصل الرفق في المطالبة .

والظاهر أن المصنف لم يذكر المسألة إلا على وجه التفريع ، والتنبيه على أن ما حكم به الشيخ لا يتم وإن بنى على ذلك الأصل ، نظراً إلى أن زيادة الرفق لا تمنع كما لو أحوال على من هو أكثر ملاءة ، وأما ما ذكر الشيخ لها ، فيشعر بنهايه إلى كونه الضم ، إذ لا يتم إلا عليه ، والمصنف قد لوح في المسألة الخلاف في موضعين ، أحدهما قوله «على قول مشهور لنا» والآ خر «على القول بانتقال المال» كما تبيننا عليه في الموضعين إذ هو كما ترى لا ينبغي صدوره منه ، فإن حمل كلام المصنف على ما ذكر مع عدم اشعار في شيء من كلامه بذلك ، أشبه شيء بالمعنى بل أعظم ، كما أن حمل كلام الشيخ على كون ذلك مذهباً له - و أن المصنف أشار إلى ذلك بما سمعت من الذي ينبغي الاستغفار منه ، على أن المذكور في كلام المصنف لفظ الكفالة التي لاداعي إلى ارادة الضمان . منها ، خصوصاً بعد ما أوماً إلى وجه المنح ، بأن الحوالة لم يثبت من الشرع مقتضى لها إلا نقل المال إلى المحتال لا غير ، فترتب تعدد المطالبة لا انتقال حق الكفالة بها مع أنه لم تنقل إلا الدين الخالي عن ذلك - مما يمكن الشك فيه ، بل منعه ، ضرورة مساواته للمنع من تغيير جنس الدين ووصفه بها ، كما سمعته سابقاً في اشتراط المساواة بل لعل المقام أولى باعتبار أن الكفالة قد كانت من حيث كون الأول صاحب الدين ، والغرض حصول الوفاء بالحوالة ، فترفع الكفالة لأنها تنتقل إلى آخر وكذا لو كان عليه رهن .

ولعله لذا جزم في القواعد ومحكي التذكرة والحواشي وجامع المقاصد بعدم انتقال حق الكفالة لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها ، بخلاف الإرث وإن كان هو لا يخلو من نظر ، خصوصاً مع التصريح بذلك ، و فرض رضى الكفيل ولعل ذلك كاف في تصوير مسألة المتن ، وإن كان الأصح خلافه ، لأن ذلك من موانع الدين الذي نقل بالحوالة ، لا من آثارها ومقتضياتها ، بل لعل الرهانة أيضاً

كذلك للأصل وغيره والله العالم .

المسألة الثالثة: إذا أحال المشتري البائع ﴿ مثلاً ﴾ بالثمن ﴿ كله أو بعضه ﴾ ثم رد المبيع بالعيب السابق ﴿ أو اللاحق في الثلاثة مثلاً ﴾ أو بالاقالة أو غير ذلك مما يقتضى الفسخ من حينه ﴿ بطلت الحوالة ﴾ عند الشيخ في المحكي عن المبسوط قيل : وإليه يرجع ما في الايضاح ، و جامع المقاصد ، وعن مجمع البرهان أنه أقوى ﴿ لأنها تتبع البيع ﴾ في ذلك .

وفي القواعد بطلت إن قلنا أنها إستيفاء ، فإننا بطل الأصل بطلت هيئة الارقاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحاً ثم فسخ - فانه يرجع بالصحيح ، وإن قلنا أنها اعتياض لم تبطل ، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب ، فإنه يرجع بالثمن لا الثوب .

ولعله للتردد في ذلك قال المصنف: ﴿ وفيه تردد ﴾ كما عن الارشاد ، بل قيل: وكذا التحرير والتذكرة وغاية المراد وغيرها ، حيث لا ترجيح فيها لكن قد يقال : إن أصالة اللزوم وعقدها واستصحابه يقتضى عدم البطلان ، وهي من توابع البيع ، بمعنى أنها اقتضت الحوالة بالثمن الذي هو أحد أركانه ، لامن توابعه في البطلان ، إذ هي عقد مستقل برأسه ، وإن قلنا أنها استيفاء لكنه بعقد لازم ، فلا يفسخ بانفساخ العقد ، بخلاف ما لو كان بدفع ونحوه ، من حيث إنه ليس عقداً مبنياً على اللزوم ، بل هو من توابع التملك بالبيع المفروض انفساخه ، فيتبعه ، بخلاف المفروض الذي قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع ، وهو الحوالة فلا وجه لانفساخها بانفساخه بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادرة حينئذ ، بل لافرق في ذلك بين قبض المحتال ما أحيل به وعنده ، وإن جعل النظر والاشكال في محكي التحرير فيما إذا رد قبل القبض ، وحينئذ قل للمشتري الرجوع على البائع خاصة ، بل لو كان قابضاً لا يتعين له المقبوض ، بل الظاهر أن للمشتري الرجوع على البائع ، وإن لم يقبض ، لأنها بحكم الوفاء بالنسبة إلى ذلك .

وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد من أن الحوالة كالقبض ، ولهذا لا يحبس .

البايع بعدها السلعة ، ومن أن التفرير للمقبوض ، ولم تحصل حقيقة ، بل قال فيها أيضاً : فإن منعنا الرجوع فجعل له المطالبة بتحصيل الحوالة ؟ إشكال من توقفه على طلبته بحقه على ذلك ، ومن أن المال مال غيره ، والناس مسلطون على أموالهم ، وهذا حاصل ما أطنبوا في وجهه .

ولكن مقتضى أحد طرفي الاشكال الاول والثاني تعطيل حق المشتري إذا فرض توقف رجوعه على القبض الذي للبايع تأخيرته وعدم المطالبة به لتسلط الناس على حقوقها ومن ذلك يعلم ان المتجه ثبوت الرجوع له وإن لم يقبض ، لأنها أي الحوالة بحكم الأداء بالنسبة إلى ذلك ، وليس له مطالبة المحال عليه ، لعدم الحق له ، هذا كله على تقدير الصحة .

وأما على تقدير البطلان ﴿فإن لم يكن﴾ أي ﴿البايع قبض المال فهو باق في نعمته﴾ أي المحال عليه ﴿للمشتري﴾ لان الفرض انقاسخ البيع وانقاسخها ، وليس للبايع بعد ذلك قبضه ، فلو فعل لم يقع عن المشتري ، لبطلان الاذن له في ذلك ، لبطلان الحوالة ، وإن احتمل بقاء الاذن الضمني وإن بطلت كالوكالة والشركة ، ولكن مع كون الحكم في المقيس عليه ممنوعاً كما تعرف في محله - قياس مع الفارق .
﴿وإن كان البايع﴾ قد ﴿قبضه فقد برء المحال عليه﴾ للدفع بالاذن ، ﴿ويستعيده المشتري﴾ حينئذ ﴿من البايع﴾ فليس له رده على المحال عليه ، بخلاف أوجه بين من تعرض له ، لكن فديناقتش بأن مقتضى بطلان الحوالة عود المال إلى صاحبه ، فلا يتوجه للمشتري حينئذ المطالبة به للبايع ، هذا كله في حالة المشتري للبايع بالثمن .

﴿أما لو أحوال البايع أجنبياً﴾ له عليه دين ﴿بالثمن ، على المشتري ، ثم فسخ المشتري بالعيب﴾ السابق ﴿أو بأمر حادث﴾ يقتضي الفسخ من حينه ، ﴿لم تبطل الحوالة﴾ بخلاف بل عن شرح الارشاد للفسخ ، الاجماع عليه ﴿لأنها تعلقت بغير المتبايعين﴾ والاصل فيها اللزوم فهو حينئذ كما لو اشترى بالثمن ثوباً فان فسخ البيع لا يقتضي استحقاق الثوب ولا فسخ عقد شرائه ، بل له مثل ثمنه أو قيمته .

﴿ولو ثبت بطلان البيع﴾ من أصله لا من حينه ﴿بطلت الحوالة في الموضعين﴾
لظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه وإن قلنا بجواز الحوالة على البريء، فإن الفرض
إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته فهي حوالة على ما في ذمته لأعليه،
كما هو واضح، فالmaal المقبوض حينئذ، باق على ملك المشتري وله الرجوع به مع
تلفه على المحتال و على البايع، والله العالم .

﴿القسم الثالث﴾

﴿في الكفالة﴾ بالفتح، ولاريب في أنها من العقود الصحيحة، بل في محكي
التذكرة أنها كذلك عند عامة أهل العلم، ولكنها مكروهة، بها هلكت القرون الأولى
وهي خسارة، وغرامة وندامة، والمعروف في تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس،
والبحث في أنها نفس العقد، أو أثره، وفي خصوص الالفاظ والمعاطاة فيها على نحو
ما تقدم في البيع وغيره، وكذا اعتبار المقارنة بين إيجابها وقبولها، والعريية ونحوها
مما يعتبر في العقود اللازمة .

لكن في محكي التحرير زيادة غالبا، ولعله لصحة كفالة الاعيان المضمونة
عنده، أو الاعيان التي يراد الشهادة على عينها كذلك، كما صرح به بعضهم، فيجوز
كفالة الدابة والكتاب وغيرهما، للشهادة على أعيانها، بل ربما احتل ذلك في
عبارة القواعد الآتية، ولكن لا يخلو من نظر أو منع، ضرورة الشك في تناول الأدلة
لمثله، والأصل عدم ترتب الآثار بل الظاهر اختصاص النفس بالآدمي لا الدابة ونحوها
وفي محكي التذكرة الضابط في ذلك أن تقول حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول
بيدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد يستحق إحضاره بحق
الكفالة بيدنه، ونحوه عن المبسوط، وظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه .

ولكن في القواعد تصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور، مجلس
الحكم من زوجة يدعى الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعى عليه الكفالة، أو وصي أو
مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف، وبدن المحبوس لا مكان

تسلمه بأمر من حبسه ، ثم يعيده إلى الحبس ، أو عبد آبق أو من عليه حق آدمي من مال أو عقوبة قصاص - إلى أن قال - ولا يصح على حد الله تعالى ، والأقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون ، كالغصب والمستام وضمان الأعيان المنصوبة فإن رد براء ، وإن تلف ففي الزامه بالقيمة وجهان ، الأقرب العدم ، كموت المكفول ، دون الوديعة ، والأمانة ، وتصح كفالة من ادعى عليه ، وإن لم يقم البينة بالدين ، وإن جحد ، لاستحقاق الحضور ، والكفالة يبدن الميت ، إذ قد يستحق احضاره للشهادة على صورته ، ولكن لا يخفى عليك النظر في جملة من ذلك .

وعن فخر الإسلام « الكفالة من مذهبنا إتماصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي ، والحق أعم من أن يكون ديناً أو عيناً ، وقيل : كل من يستحق احضاره إلى مجلس الشرع فإنه تصح كفالته » .

قلت : فعلى الأخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى ، دون الأول . وعلى كل حال فالمتيقن من مورد الكفالة التعمد باحضار النفس المستحق عليها بذلك بسبب حق ولو دعوى المكفول له عليها نعم لا تصح في الحدود للاجماع المحكي عن التذكرة على ذلك ، ولقوله عليه السلام في المروي من طرق الخاصة والعامة ^(١) لا كفالة في حد ، وربما تسمع لبعض المسائل المزبورة في المباحث الآتية تنمة انشاء الله .

﴿ و ﴾ يتم عقدها بالإيجاب من الكفيل والقبول من المكفول له ، ومن هنا لم يكن اشكال بل ولا خلاف في أنه ﴿ يعتبر رضا ﴾ هما أي ﴿ الكفيل والمكفول له ﴾ بل الاجماع بقسميه مضافاً إلى معلومية عدم الالتزام بحق من دون رضی الطرفين ﴿ دون المكفول ﴾ الذي هو بمنزلة المضمون ﴿ عنه ﴾ بالنسبة إلى ذلك عند المشهور .

بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ، لعموم « أوفوا » بعد تناول إطلاق الكفالة لذلك ، ولأن غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث يطلب ، ومن المعلوم أنه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه ، أو وكيله ، والكفيل بمنزلة الوكيل الذي لا يشترط في وكالته رضی الموكل عليه .

و قد يناقش بمنع تناول اطلاق الكفالة المحتمل اعتبار رضى المكفول عنه في تحقق مسماها ، كرضى المكفول له ، وما في المسالك وغيرها - من أنه على تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضى الآخرين ، بل يكفى كيف اتفق نحوما سمعته في المحال عليه - مجرد دعوى لادليل عليها ولا استبعاد في دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنين مع الايجاب من الكفيل ، لأقل من الشك في تناول الاطلاق ، فلا تندرج في «أوفوا» و الأصل عدم ترتب أثر الكفالة ، ولعله لذا كان المحكي عن الشيخ والقاضي وابني حمزة و ادريس اعتبار رضاه .

بل عن الفاضل في التحرير أنه قواه ، لاما قيل - من الاستدلال له بأنه إذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل ، فلم يتمكن من احضاره فلا تصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور ، وهذا بخلاف الضمان ، لا مكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور - إذ هو كما ترى مصادرة محضة ، مع أنه رده في المسالك وغيرها بأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه ، وهو ممنوع لأن المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور ، وإن لم يكن مكفولاً اجماعاً ، وفائدة الكفالة راجعة إلى التزام الكفيل بالأحضار حيث يطلبه المكفول له ، فإن طلبه منه لا يقصر عن توكيله ، وإن لم يطلبه لا يجب عليه الحضور معه وإن كان برضاه .

و إن كان قد يناقش بمعلومية زيادة حق في الكفالة على الوكالة التي هي غير لازمة للكفالة ، إذ الظاهر أنه متى تعلق حق الكفالة كان له احضاره ، لارادة البراءة من عهده من دون طلب المكفول له ، كما عن التذكرة ، والتحرير ، وجامع المقاصد ، وابن المتوجع الجزم به ، بل عن الكركي أنه قطعي ، و كأن الذي أوقعه في ذلك ما في القواعد «يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه ، وإلا فلا» إن كان متبرعاً وإلا فكلأول ، مع أن المراد منها على الظاهر وجوب الحضور مع الكفيل وإن لم يطلبه المكفول له منه إذا كانت الكفالة بالاذن ، نعم لو كانت تبرعاً لم يجب عليه الحضور ، إلا مع طلبه منه ، فهو موافق لما قلناه في القسم الأول .

و أما الثاني ، فقد يناقش بأنه متى صححت الكفالة تبرعاً لحقه حكمها وهو

وجوب الحضور مع الكفيل لوطليه، ولعله لان تكفيله يقتضى تسليطه عليه بالاحضار، أو أن ذلك من أحكامها شرعاً، ولولأن التكليف بالاحضار يقتضى تكليف الآخر، بالحضور، بل ربما يدعى ظهور أدلة الكفالة في ذلك فلاحظ وتأمل.

إذا تقرر هذا انحصر وجه المسألة حينئذ في أن رضى المكفول شرط ينفي مع الشك فيه بالاطلاق، أو أنه من أركان العقد على وجه لا يتحقق الكفالة بدونه، ولا أقل من الشك، والاصل عدم ترتب الأثر، ولعل الثاني لا يخلو من قوة.

ولا ينافيه عدم اعتبار رضى المحال عليه لوقلنا به، ولا عدم اعتبار رضى المضمون عنه، لامكان الفرق بتعارف الحوالة على مشغول الذمة بدون رضاه، على وجه لا شك في صدق اسم الحوالة عليها عرفاً، وبمعلومية جواز التبرع بالوفاء عن المديون، وليس المقام من الثاني قطعاً كما لا تعارف في كفالة الغائب على وجه تندرج في الكفالة بحيث تدخل في اطلاقها فتأمل جيداً.

﴿و﴾ كيف كان في تصح حالة ومؤجلة على الاظهر ﴿﴾ بل لا خلاف في الثاني، بل في الروضة أنه موضع وفاق على معنى الكفالة إلى شهر، فيلزمه احضاره بعد الشهر نحو الاجل في الدين وغيره أما لو قال: كفله شهراً بمعنى التعهد به في ضمن الشهر، فعن التحرير صحتها، وسمّاها الموقته، ولعله لاطلاق الأدلة، وعلى المشهور في الأول بل عن السرائر أنه حق اليقين خلافاً للمحكمي عن ظاهر الشيخين في المنفعة والنهاية وابن حمزة وسلاّر وعن القاضي في أحد قوليّه، بل عن الأبي في كشف الرموز الجزم به. لكن لم يعرف لهم دليلاً نخرج به عن اطلاق الأدلة المقتضي عدم الاشتراط، كما قدمنا نظيره في الضمان، بل قد تقدم عن ابن ادريس رحمه الله تأويل كلامهم على وجه يرتفع الخلاف به، وما ذلك إلا لضعف القول به، ودعوى - أن الكفالة لا بد لها من فائدة، فلو شرعت حالة لكنت خالية عن فائدة، إذ للمكفول له أن يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير قربى، وذلك يكون عبثاً لا حاصل لها.

﴿و﴾ حينئذ مع الاطلاق تكون ﴿﴾ صحيحة ﴿معبلة﴾ وإذا اشترط الاجل فلا بد أن يكون معلوماً ﴿على وجه لا يختلف زيادة ونقصاً، بلا خلاف نجده فيه

بيننا ، بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه في المقام ، وفي غيره من العقود اللازمة حتى القائل فيها للفرر كالصلح ونحوه ، وهو الحجّة مضافاً إلى قاعدة الفرر ، بناء على عمومها ، لمثل المقام ، وإلاّ كان الأوّل هو الحجّة ، فما عن بعض العامة من جواز الجهالة في الاجل هنا قياساً على العارية واضح الفساد ، بعد بطلان القياس ، على أنّه مع الفارق بالجواز فيها وال لزوم هنا .

و كيف كان فلا اشكال ﴿و﴾ لاختلاف في أن ﴿للمكفول له ، مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً إن كانت ﴾ الكفالة ﴿مطلقة أو معجلة ، و بعد الأجل إن كانت مؤجلة ، فإن سلمه تسليماتاً ﴾ بحيث ، يتمكن المستحق منه ﴿فقد براء ﴾ بماعليه من حق الكفالة ، وإن لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم أو لاعلى الأصح بل الظاهر عدم اعتبار الاشهاد في ذلك ، إلا لارادة الاثبات لو أنكر ، وإن كان قديتوهم ذلك من المسالك وغيرها ، لكن لادليل عليه .

﴿وإن امتنع ﴾ الكفيل عن ذلك ﴿كان له حبسه ﴾ عن الحكم بل وعقوبته عليه ﴿حتى يحضره أو يؤدّي ما عليه ﴾ كما عن النهاية ، والسرائر ، والنافع ، والتعريض ، والارشاد ، والمصنف والروضة ، قال الصادق عليه السلام في خبر عمار ^(١) «أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل وقال اطلب صاحبك » وفي خبر الاصبغ ابن نباته ^(٢) «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس ، وقال له : اطلب صاحبك » .

و في خبر اسحاق بن عمار ^(٣) عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام أتى برجل كفل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال احبسوه حتى يأتي بصاحبه » . وفي خبر عامر بن مروان ^(٤) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أنه أتى برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه ، فقال : اطلب صاحبك » إلا أنها كما ترى ليس في شيء منها التخيير بين الاحضار والأداء كما هو ظاهر الجماعة المقتضى وجوب القبول على

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب احكام الضمان الحديث - ١ -

المستحق مع بذله ، بل الأول خاصة ، و من هنا كان المحكي عن التذكرة و غيرها عدم وجوب القبول على المكفول له إذا بذل الكفيل له الحق ، لعدم انحصار الغرض فيه ، إذ قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء ، أو بالأداء من الغريم لامن غيره ، فله حينئذ الزامه بالاحضار ، خصوصاً ما لا يبدل له ، كحق الدعوى ، أو في ذي البذل الاضطراري كالدية عوض القتل ، ومهر المثل عوض الزوجة ، واختاره في المسالك والرياض . ولكن قد يناقش أو لا بأن مبنى الكفالة عرفاً على ذلك ، بل هو المقصود بين المتعاقدين بها .

و ثانياً : يظهر قول الصادق عليه السلام في مرسل الصدوق ^(١) « الكفالة ، خسارة غرامة ندامة » كقوله في خبر داود البرقي ^(٢) « مكتوب في التوراة كفالة غرامة ندامة » في اقتضائها ذلك ، بل قد يشعر بذلك في الجملة حكم من أطلق غريماً ، أو القاتل عمداً لكن يتنافى ذلك كله ما تسمعه من تفسير خبري البقباق الآتين .

وثالثاً : بأن الظاهر اندراج التبرع بمساوي الحق في الوفاء الذي يجب قبوله على المستحق ، وإن كان من غير من عليه الحق ، و دعوى اعتبار تشخيص المديون ذلك وفاء تقتضي عدم احتسابه وفاء حتى مع الرضا من المديون ، وهو مخالف للمقطوع به كدعوى اختصاص ذلك في حال التراضي ، التي لا مدرك لها بالخصوص ، بل ليست الا لصدق وفاء الحق ، و وجوب قبول ذلك من بازله من غير فرق بين المديون وغيره وحينئذ فله التبرع بالوفاء المقتضي سقوط الحق الذي تسقط الكفالة بسقوطه ، وإن لم نقل إن ذلك من مقتضياتها .

نعم إنما يتم ذلك في الدين و نحوه أما فيما لا يبدل له ، أوله بدل اضطراري فلا يجب عليه القبول ، أللهم إلا أن يقال في مقام حصول الضرر بالتخليد بالحبس و نحوه ، ينتقل الحاكم إليه أو إلى ما يقتضي ارتفاع مثل هذا الضرر به ، كما عساه يؤمى إليه فحوى ما تسمعه في اطلاق القاتل .

وعني كل حال فما ذكره المصنف والجماعة ، لا يخلو من قوة ، ثم إن الكفيل

يرجع على المكفول بما أداء إن كان الأداء عنه باذنه وإن كانت الكفالة بغير إذنه بناء على مشروعيتهما ، والفرق بينها وبين الضمان بغير إذنه مع كون الأداء باذنه أن الكفالة لم يتعلق بالمال بالذات ، فيكون حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الاجنبي فإذا أداء باذن من عليه فله الرجوع ، بخلاف الضمان المقتضى انتقال المال إلى ذمة الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء ، لأنه كاذن الاجنبي للمدينين في أداء دينه ، إلا أن يراد منها الوكالة في الأداء عنه ، وإن كان الدين على المؤدى المأذون ولا يرجع عليه مع عدم الإذن في الأداء ، وإن كان كفيل باذنه ، إذا أمكن مراجعته واحضاره للمكفول له ، ضرورة كونه متبرعا بالوفاء حينئذ ، لعدم اقتضاء الكفالة الإذن في ذلك على الحال المفروض .

نعم إذا أدى مع فرض تعدد الاحضار ، ففي المسالك وله الرجوع وإن لم يأذن له في الأداء ، لأن ذلك من لوازم الكفالة ، فلا إذن فيها إذن في لوازمها ، وفيه : أنه مناف لما سمعته منه وغيره سابقا من أنها لا تقتضي إلا الاحضار ، ولذا لا يجب على المكفول له القبول إذا بذل الكفيل ، ومع فرض أن ذلك من لوازمها يجب عليه القبول ، ضرورة كونه حينئذ كالوكيل عن المدينين في ذلك .

نعم قد يكون له الرجوع مما ذكرناه من قاعدة لاضرر ولا ضرر من حيث لزوم التخليد في الحبس ونحوه المفروض كون المكفول سببا له بالإذن في الكفالة بل لعل قاعدة احترام مال المسلم تقتضي به أيضاً لعدم صدق التبرع عليه بذلك ، أو بغير ذلك مما لا يقتضي كونه من لوازم الكفالة ، إن لم تقل أن من مقتضياتها دفع المال عن المكفول ولو في حال تعدد الاحضار ، وإلا اتجه له الرجوع حينئذ كما ذكره ، فتأمل جيدا والله العالم .

ولو قال : إن لم أحضره كان على كذا لم يلزمه إلا احضاره دون المال ولو قال على كذا إلى كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال كما في القواعد ومحكي الارشاد لكن يمكن أن يكون المراد إن لم يحضره كما في النافع ، ومحكي النهاية والسرائر ، والتحرير ، والتذكرة ، وحواشي القواعد ، واللمعة ، والمهذب البارع ،

وكشف الرموز ، والتنقيح ، بل هو المحكي عن القاضي وابن حمزه بل في الاخيرين والمحكي عن إيضاح النافع نسبة ذلك إلى الأصحاب ، بل في المذهب في شرح عبارة النافع أن المسألة اجماعية ، وفي جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد هذا مروي من طرق الأصحاب ، وقد أطبقوا على العمل به ، وفيه أيضا ومحكي الحواشي وغاية المرام أن الفارق بين المسألتين الاجماع والنس .

ولكن مع ذلك كله نظر فيه في المسالك بعد ان حكا عن ابن فهد ، والكركي قال : لمنع الاجماع في موضع النزاع ﴿ فَإِنْ أَحَدًا مِنَ الْأَصْحَابِ لَمْ يَدْعِهِ ، وَالْمَوْجُودُ كَلَامُهُمْ فِي الْمَسْأَلَةِ ، جَمَاعَةٌ بِسِرَةٍ ، وَالْبَاقُونَ لَا يَعْرِفُ حُكْمَهُمْ فِيهَا ، وَمَعَ ذَلِكَ فَقَدْ ذَكَرَ الْعَلَامَةُ فِي الْمَخْتَلَفِ كَلَامَ الشَّيْخِ وَمَنْ تَبِعَهُ ، ثُمَّ قَالَ : وَعِنْدِي فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نَظَرٌ ثُمَّ نَقَلَ فِيهَا عَنْ ابْنِ الْجَنِيدِ حُكْمًا مُخَالَفًا لِمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ وَالْجَمَاعَةُ ، وَقَالَ : إِنْ كَلَامُ ابْنِ الْجَنِيدِ أَنْسَبَ ، وَقَدْ عَرَفْتُ أَنَّ لِلْمُصَنِّفِ وَحْدَهُ فِيهَا قَوْلَيْنِ هُنَا وَفِي النَّافِعِ ، وَ لِلْعَلَامَةِ وَحْدَهُ فِيهَا أَرْبَعَةُ مَذَاهِبٍ فَدَعَوَى الْإِجْمَاعَ بِمَثَلِ ذَلِكَ عَجِيبٌ .

وفيه مالا يخفى عليك من عدم منافاة ذلك لحكاية الاجماع ، وإن كان هو كما ذكر محلا للنظر ، لكن ليس لذلك . بل لما استعرفه إنشاء الله على أن ترك القيد من المصنف والفاضل في بعض كتبهما مع احتمال ارادتهما له بقرينة ذكرهما له في البعض الآخر ، لا ينافي الاجماع على أصل المسألة ، وقول الفاضل أن قول ابن الجنيد أنسب ليس قولاً في المسألة ، وكذا الاحتمال المذكور عنه في الجمع ، يجعل المال في أحد الشقين على المال المكفول ، وفي الآخر على مال غير ذلك التزم به الكفيل ان لم يحضره .

وكذا مناقشته في سند الخبرين اللذين هما الاصل في هذه المسألة .
أحدهما : خبر البقاي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام ﴿ سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ تَكْفُلُ بِنَفْسِ الرَّجُلِ إِلَى أَجَلٍ فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ فَعَلَيْهِ كَذَا وَكَذَا دَرَاهِمًا ، قَالَ : إِنْ جَاءَ بِهِ إِلَى الْأَجَلِ فَلَيْسَ عَلَيْهِ مَالٌ ، وَهُوَ كَفِيلٌ بِنَفْسِهِ أَبَدًا إِلَّا أَنْ يَبْدَأَ بِالدَّرَاهِمِ فَإِنْ بَدَأَ بِالدَّرَاهِمِ

(١) الوسائل الباب - ١٠ من ابواب احكام الضمان الحديث ٢ - ٢ .

فهو له ضامن ، إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله ، و هو إما صحيح أو موقوف .
و الثاني : خبره الآخر ^(١) أيضاً « قلت لأبي عبد الله عليه السلام رجل تكفل لرجل
بنفس رجل وقال : إن جئت به وإلا فعليّ خمسمائة درهم (كما في التهذيب) وفي الكافي
(إن جئت به وإلا فعليّ خمسمائة درهم) ، وفيهما معا قال : عليه نفسه ، ولا شيء عليه
من الدراهم ، فإن قال : عليّ خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه قال : يلزمه الدراهم إن لم
بدفعه إليه » و هو موثق أيضاً بل في سننه أبان الذي هو من أصحاب الإجماع وبذلك
اكتمى جماعة من الأصحاب على الفرق بين المسألتين قائلين أن كثيراً من المسائل حكم
فيها بما يخالف القواعد بأقل من ذلك .

إلا أن الانصاف استبعاد التعبد في أمثال هذه المسائل ، خصوصاً لما في المقام
الذي ليس فيه إلا تأخير الشرط و تقديمه ، مع أنه إن أخر لفظاً فهو مقدم معنى ،
بعد الإغضاء عن اقتضاء التعليق البطلان ، وعن عدم صلاحية مثل اللفظ المزبور في
المتن وغيره ، لحصول عقد الكفالة أو الضمان به .

ولو لا ما سمعته من الإجماع المزبور لا يمكن القول بأن المراد من الروايتين
بيان الفرق في عقد الكفالة من الاقتصار عليه فقط ، وبين اشتراط أداء المال فيه ، مع
عدم الإحضار ، ففي الأول لا يكلف إلا النفس أبداً وفي الثاني يفرم المال إن لم يحضر
فيراد من قوله « إلا أن يبدأ » إظهار اشتراط الدارهم من ، بدأ الأمر بدوياً ، أي
ظهر كما في الصحاح أو من ، بادى فلان بالعداوة ، أي جاهر بها كما فيه أيضاً ، أي
الكفيل إنما يكلف بإحضار النفس أبداً إلا أن يظهر أو يجهر باشتراط الدراهم إن
لم يأت به فحينئذ يكلف بها إن لم يحضره .

والتصرف في كتابة يبدأ بما يقتضى الأولية إنما هو من النسخ مع أنه يمكن
عليها أيضاً إرادة هذا المعنى لا التقدم والتأخر ، وقوله فإن لم يأت به في الخبر الأول
على جهة الاستفهام من السائل فاجابه بذلك ، والخبر الثاني على ما في الكافي ، وبعض
نسخ التهذيب منطبق أيضاً على ذلك ضرورة أن اشتراط الخمسمائة فيه الأول إنما كان

من المكفول له لامن الكفيل ، ومن المعلوم عدم التزامه بذلك إذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه في عقد الكفالة ، ولذا قال في جوابه إنه إن قال هو علي خمسمائة درهم إن لم آت به لزم ذلك .

نعم إنما جاء الاشتباه في رواية بعض نسخ التهذيب ، والظاهر أنه اشتباه من النسخ ، فإن ما في الكافي . أصبغ ، خصوصاً مع اعتضاده ببعض نسخ التهذيب ، وشهادة الرواية الأولى له ، وهذا معنى جيد في الخبرين ، وشهدله ما تقدم من النصوص ، الظاهرة في عدم تكليف الكفيل إلا بالاحضار ، وأنه يحبس على ذلك ، وهو معنى قوله هنا «وهو كفيل بنفسه أبداً» .

كما أن الخبرين ظاهران أو صريحان في وجود عقد الكفالة بغير هذا اللفظ ، وإنما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمل عموم «المؤمنون عند شرطهم» ^(١) وليس هو بمعنى التعليق المقضي لبطلان العقد ، وبذلك يصح بالشرط المزبور الالتزام بالمال المذكور ، وإن لم يكن هو علي المكفول ، وإن كان المنساق إلى الذهن إرادة اشتراط ما على المكفول .

ولعل هذا أولى من المحكي عن الكركي من بيان الفرق بين المسألتين بأنه إذا قدم براءة الذمة المضمون عنه . بقوله علي كذا امتنعت الكفالة حينئذ ، لعدم حق له حينئذ عليه ، فلا يلزم إلا بالمال ، بخلاف ما إذا قدم الكفالة ، فإنه يكون الضمان - المنعقب لها لكونه معلقاً على شرط - باطلاً ، ولما فاته الضمان صحة الكفالة .

إذ هو كما ترى مناف لما عرفته ، من النص والإجماع المحكي وغيره من تقييد لزوم المال في صورة تقديم الضمان بعدم الاحضار ، وأنه مراد المصنف هنا وإن ترك ذكره ، ومناف أيضاً للتعليق المقضي لبطلان الضمان ، بل ولعدم براءة المضمون عنه التي ذكرها ، وبني عليها بطلان الكفالة .

بل ومناف لما هو ظاهر الخبرين أو صريحهما من حصول عقد الكفالة أو لا بغير اللفظ المزبور ، بل لا يتم أيضاً بناءً على أن المسألة أعم من كون المكفول على مال ،

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المنعقد الحديث - ٤ -

وغيره من قتل وزوجية وغيرهما مما لا يقبل الضمان ، وعلى تقديره فما جعله الضامن عليه من كذا في الأولى . وخمسائة في الثانية ومطلقاً في كلام الجماعة أعم من كونه مساوياً للحق الذي على المكفول وزائداً ونقصاً ومائلاً له في الحبس ومخالفاً ، والضمان المدعى لا يتم إلا في قليل من هذه المسائل ، بل فيه أيضاً أنه ليس في العبارة المذكورة في المتن وغيره من كتب الجماعة لفظ يدل على كفالة صحيحة شرعاً ، وإنما الموجود فيها ضمان معلق على شرط تقدم أو تأخر ، وأما الكفالة فهي مجعولة شرطاً ومجرد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة ، ولو قيل أنه أتى قبل ذلك بلفظ يدل عليها ، فتقدير مثل ذلك مبطل ، للفرق الذي ادعاه بين المسألتين إلى غير ذلك مما لا يخفى .

وأولى أيضاً مما حكاه فخر الدين عن والده من حمل الرواية على أنه التزم في الصورة الأولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال : إن لم أحضره فعلي عشرة دنانير ، فإنه لا يلزمه المال اجماعاً ، لأنه التزم بما ليس عليه ، أما الثانية ، فإنه التزم بما عليه وهو الدينار مثلاً ، فكأنه قال : علي الدينار الذي عليه إن لم أحضره .

إذ لا يخفى عليك مافيه من المناقاة لأطلاق المال في الصورتين المتقاربتين ، بل مقتضى تعريف الدراهم في قوله « إلا أن » إلى آخره كون المراد الدراهم الأولى ، لانسباق العهد منه كما في نظائره ، على أن الرواية الثانية قد اتحد فيها لفظ الخمسائة في الصورتين .

وأولى أيضاً مما ذكره المقداد مستحسنناً له قائلًا أنه لم يذكره أحد من الأصحاب وهو أن المراد من الأولى الاثنيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه بالمال إن لم يأت به ، وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها ، وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة ، لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به وأما الثانية فإنها تشتمل على ضمان معلق على شرط والشرط متأخر . فهي إمامينية على جواز الضمان المعلق على شرط ، وأن الضمان تمّ بقوله على كذا ، والشرط بعد مناف له . فلا يلتفت إليه . لأنه كتعقيب الأقرار بالمنافي .

إذ لا يخفى عليك مافيه أيضاً ، فإنه مع إبتنائه على إرادة خصوص ما على المكفول

من المال ، لوجه للحكم بصحة الضمان المعلق عندنا ، كما أنه لوجه لقياس ذلك على تعقيب الإقرار بالمنافي .

وأولى أيضا مما في المسالك فإنه بعد أن أطنب في ذكر وجوه الفرق وإفسادها . قال : « إذا قرّر ذلك فنقول : الذي يقتضيه ظاهر الرواية أن الكفالة وقعت بصيغة تأمته في الموضعين ، وتعقبها ما ذكر في اشتراط ، بدليل قوله « رجل تكفل بنفس رجل » ثم قسمها إلى القسمين ، فإن التكفل إذا أطلق يحمل على معناه الشرعي ، وإما يتم بذكر لفظ يوجبه ، وقوله بعد « فإن لم » إلى آخره إما أن يحمل على كون المكتفى عنه هو الحق المكفول لأجله ، عملاً بقرينة مقتضيات الكفالة وحينئذ فلا إشكال في الأولى ، لأنه يصير كفيلاً ، وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ، ثم إن عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال أيضاً إن لم يأت به إلى الأجل ، وحينئذ فلا فرق بين الصيغتين ، لاتحاد الحكم فيهما ، ويكون الاستثناء منقطعاً إذ لم يحصل به اخراج ، فكأنه بين أن الحكم كذا ، إن قدم الدراهم أو أخرها ، وبقي قوله في الرواية الثانية « عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم » ناظراً إلى نفس حكم الكفالة ، لا إلى ما يترتب عليها عند الاخلال بالاحضار ، وإن لم تعمل بمفهوم الشرط أشكل الفرق بين المقامين بما تقدم وإما أن يحمل المال الملتزم على ما هو أعم من الحق ، فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه ما التزمه إن لم يأت به في الموضعين ، بأعمال مفهوم الشرط في الأولى ، وللتصريح في الثانية ، ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالتقاسم والزوجية ثم على تقدير كون المال مجانياً ، للمكفول لأجله ، ينبغي الحكم باحتسابه ، نظراً إلى اقتضاء الكفالة ذلك ، ولو كان مخالفاً احتمل رده إليه بالقيمة أيضاً ، وإن لم تكن الكفالة لأجل مال ، فهو التزام وتبرع محض ، وإطلاق الرواية يقتضي صحته وعلى ما قررناه فمخالفة الرواية للأصول ليست كثيرة عند إطلاقها ، ولو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود ، وإن بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة حيث اتحد الحكم في المسألتين مع كونه قد ردد بينهما ، إلا أنه أسهل من مخالفة الأصول بغير موجب ، ومع هذا فإثبات الأحكام الخارجة على تقدير العمل بالإطلاق لا يخلو من بعد ، لقصور الرواية

عن اثبات مثل هذه الاحكام ، ولقد كنا في سعة من هذا الاختلاف لو أطر حنا أمثال هذه الروايات التي من شواذ الآحاد ، انتهى .

إلا أنه كما ترى من غرائب الكلام ، بل لا يستأهل رداً ولعل الذي أوقعه في ذلك إيسائه الأدب في هذه المسألة مع الشيخ الذي به حفظ الحلال والحرام ، وما كنا لنؤثر أن يقع هذا منه أو ذلك من مثله ، والله الموفق والمؤيد والمسد .

وقد ظهر لك في جميع ما ذكرنا أن نظر الجميع في هذا الحكم إلى الخبرين المزبورين اللذين يغلب الظن بإرادة ما ذكرناه منهما ، ويتبعه حينئذ الظن بضعف القنوى بخلافه المعلوم كون منشؤها الفهم من البداية المذكورة في الخبر ، بيان الفرق بالتقدم والتأخر والاختلال في الخبر المروى في التهذيب ، ومن ذلك يضعف الظن بصواب الإجماع المحكي المحتمل ، لإرادة اتفاق المتعرضين لهذا الحكم من الأصحاب الذين يجوز الوهم عليهم في الخبرين المزبورين ، فصار منشأ الحكم المزبور المستبعد بناؤه على التعبد المحض فلاحظ وتأمل هذا .

وفي المختلف بعد أن حكى عن الشيخ والجماعة ما سمعت قال : « وعندي في هذه المسألة نظر » ثم حكى عن ابن الجنييد أنه إذا قال الكفيل لطالب الحق : مالك على فلان فهو عليّ دونه إلى يوم كذا وأنا كفيل لك بنفسه ، صحّ الضمان على الكفيل بالنفس والمال إن لم يؤدّه المطلوب إلى الطالب إلى ذلك الأجل ، وسواء قال له عند الضمان : إن لم يأتك به ، أو لم يقل له ذلك ، فإنّ قدّم الكفالة بالنفس ، وقال : أنا كفيل لك بنفس فلان إلى يوم كذا ، فإنّ جائك بمالك عليه ، وهو ألف درهم وإلا فانا ضامن للألف صحّت الكفالة بالنفس ، وبطل الضمان للمال . لأن ذلك كالقمار والمخاطرة ، وهو كقول القائل إن طلعت الشمس فمالك على فلان غريمك وهو ألف درهم عليّ الذي قد أجمع على أن الضمان لذلك باطل ، ثم قال : وقول ابن الجنييد أنسب ، ولكن لا يخفى عليك انه قريب أيضاً من قول الجماعة عند التأمل .

﴿ ومن أطلق غريماً من يد صاحب الحق ﴾ أو وكيله ﴿ قهراً ﴾ ضمن احضاره أو أداء ما عليه ﴿ كما صرح به غير واحد بل في الرياض نفى الخلاف فيه على الظاهر ،

بل عن الصيمري الاجماع عليه ، لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » ، وفحوى ما تسمعه في القاتل ولما في المسالك ومحكي التذكرة وغيرها من أنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه وإن كان هو كما ترى ، إن لم يرجع إلى ما ذكرنا أو إلى وجهه أو إلى دعوى شمول « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ^(١) لمثل ذلك .

ولكن لا يخفى عليك أن مدرك الحكم إن كان ذلك ونحوه ، ينبغي عدم الفرق فيه بين الصبى والمجنون وغيرهما ، ولعل ذلك هو مقتضى ما في المتن وغيره من التعبير بمن أطلق الشامل لذلك فنحو غيره من خطاب الأسباب .

إلا أن الانصاف عدم تنقيح في كلامهم لمثل ذلك ، كعدمه بالنسبة إلى غير ذلك من تفويت استيفاء الحق بتخويف ونحوه ، وينبغي الاقتصار على محل اليقين ، أو ما كان في حكمه ولويظاهر الدليل المعتبر فيما حالف أصل البراءة وغيرها .
ثم لا يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة أطلق عليه اسمها وإلا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً ، ضرورة عدم العقدية ، والظاهر كون التخيير المزبور على نحو ما سمعته في الكفالة ، بمعنى أن له التبرع بالأداء فداء عن الالتزام بالاحضار ، ويلزم المستحق بالقبول ، وليس له اقتراح الاحضار ، فإن الضرر ينجبر بذلك ، أو مع التراضي .

لكن في المسالك « ينبغي أن يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول ، يطالب بالتسليم مع الإمكان لأن يفوز التخيير إليه » .
وفيه : أنه لا دليل على ذلك ، بل أصل البراءة يقتضى خلافه ، وخبر القاتل إنما هو في العمدة الذي كان الحق فيه القصاص ، وقاعدة الضرر لا تقتضى أزيد من التخيير المزبور ، ومن هنا لم أجد غيره ممن تقدم عليه ذكر ذلك هنا ، حتى ممن عيّن الاحضار في الكفالة نعم ليس له الرجوع عليه بما أدى إذا لم يكن الأداء باذنه ، كما صرح به غير واحد ، للأصل وغيره .

لكن قد يقال بالرجوع إذا كان الإطلاق بالإذن ، لقاعدة لاضرر ، واحترام مال المسلم والأحسان ، وكون الإذن في الملزوم اذناً في اللازم ، وتحذرك ، بل في محكي التذكرة ولوتعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ المال من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلّصه قصاصاً ، ويمكن ارادته ما ذكرنا ، ولو أطلقه من يد الكفيل الذي كان له الرجوع عليه بأدائه عنه ضمن أيضاً احضاره أو أداء ما عليه على الوجه المزبور ، بل لو أطلقه منه قبل أدائه عنه فكذلك أيضاً .

﴿ ولو كان ﴾ المطلق بالفتح قهراً ﴿ قاتلاً ﴾ عمداً ﴿ ﴾ لزمه احضاره أو دفع الدية ﴾ مع التعذر ولو بموت بلا خلاف أجده فيه أيضاً ، بل عن الصيمري الاجماع عليه للصحيح أو الحسن ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه ، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء فقال : أرى أن يحبس الذين خلّصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأثروا بالقاتل ، قيل : فإن مات القاتل وهم في السجن قال : فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول » ومنه يعلم إرادة ذلك من التخيير المزبور في المتن وغيره نعم لو كان القتل موجبا للدية على المطلق ، إتجه التخيير المزبور على الوجه الذي تقدم .

ولوهرب القاتل عمداً واستمر فاخذت الدية من المطلق ، ثم تمكن الولي منه ردّها إلى صاحبها وإن لم تقتص منه ، لأن وجوبها قد كان المحيلولة المفروض زوالها ، وعدم القتل مستند إلى اختيار المستحق ، لكن في محكي التحرير « إذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الأولياء فيه إشكال ، وهل له الزامه بما أدّى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر » .

وفيه ما لا يخفى بعد فرض كون الدفع الأول للحيلولة ، لا لاسقاط الحق ، وإلا لم يكن لهم قتله . بل ولا رجوع عليه بما أدّى لإامع الأذن في الإطلاق ، فإن فيه حينئذ ما عرفت ، وإلى ذلك يرجع ما في القواعد « ولو كان قاتلاً لزمه الاحضار أو الدية فإن

دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع مأخذه وجوباً وإن لم يقتل ، ولا يتسلط الكفيل - لورضى هو والوارث بالمدفوع - على المكفول بدية ولا قصاص والله العالم .

﴿ ولا بد من كون المكفول معيناً ﴾ كما صرح به الفاضل وغيره ﴿ فلو قال : كفلت أحد هذين لم يصح وكذا لو قال : كفلت بزيد أو عمرو ﴾ لم يصح أيضاً ﴿ وكذا لو قال : كفلت بزيد فإن لم آت به فيعمرو ﴾ بل في الثالث التعليق وهو مانع من صحة الكفالة لما عرفته غير مرة من منافاته للتسبيب الظاهر من الأدلة ، فاشكال الفاضل فيه في الفوائد في غير محله ، وفيه أيضاً اشتراط ما يعود على الكفالة بالنقض فلا اشكال في بطلانه كما لا اشكال في البطلان في السابقين مع ارادة الابهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له أمّا الابهام التخيري فظاهر المصنف وغيره منعه أيضاً .

لكن قد يناقش بأن مقتضى الاطلاقات جوازه ، بعد عدم ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك فيصح حينئذ ويرأى تسليم أحدهما . ويحبس إلى أن يحضر أحدهما أو يؤدي عنه ، ولعله في هذا القسم توقف الاردبيلي في المحكي عنه ، وهو في محله إلا ان ثبت ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك ، وأنه كالمالك الذي لا يقبل مثل هذا .

و يلحق بهذا الباب مسائل

﴿ الأولى : ﴾ قال في محكي المبسوط ﴿ اذا حضر الغريم قبل الأجل وجب ﴾ على المكفول له ﴿ تسلمه إذا كان لا ضرر عليه ﴾ وكذا غير المكان المشترك ، ونحوه عن القاضي ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو قيل : لا يجب كان أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده المقتضية عدم وجوب غير الحق ، بل لعل مصلحة الأجل و المكان مشتركة بينهما ، واختاره الفاضل وغيره ، وهو جيد حيث يكون اشتراط الأجل و المكان حقاً لهما ، أمّا إذا كان حقاً للكفيل و أراد اسقاطه كان الاجود الأول ، كما تقدم نظيره في الدين المؤجل ، ولعله إلى ذلك نظر الشيخ ﴿ ولو سلمه و كان ممنوعاً من تسلمه بيد قاهرة ﴾ مثلاً ﴿ لم يبرأ الكفيل ﴾ لعدم التسليم التام الواجب عليه ، بانصراف

إطلاق الأدلة إليه ﴿ولو كان﴾ المكفول ﴿مجبوساً في حبس الحاكم﴾ العادل ﴿وجب تسلمه لأنه متمكن من استيفاء حقه﴾ منه ضرورة أنه برفع أمره إليه يخرج من الحبس أو يطالبه وهو فيه وينهى أمره معه ولو بان يحبسه على الحقيقين معاً. ﴿وليس كذلك لو كان في حبس ظالم﴾ لغلبة عدم التمكن من استيفاء الحق معه ، ولو فرض إمكانه ، وجب تسلمه ، كما أنه لو فرض عدم إمكانه في الأول لم يجب تسلمه وإن كان في حبس عادل كما هو واضح .

المسألة ﴿الثانية : إذا كان المكفول عنه غائباً﴾ في مكان معلوم و متجاوز مسافة القصر ﴿و كانت الكفالة حالة﴾ و طلبه منه المكفول له ﴿انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به ، وكذا لو كانت مؤجلاً﴾ و طلبه منه ﴿آخر بعد حلولها﴾ و طلبه منه ﴿بمقدار ذلك﴾ بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن التذكرة عليه عامة أهل العلم ، ضرورة اقتضاء وجوب الاحضار الذي هو مقتضى الكفالة ذلك ، و إلا كان تكليفاً بغير المقدور .

نعم في المسالك و محكي التذكرة و مجمع البرهان إنما يجب عليه الاحضار عند إمكانه ، أما إذا لم يمكن كما إذا غاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر ، لم يكلف احضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه ، لأنه لم يكفل المال ، بل قيل : إنه ظاهر الباقي أيضاً لكن في القواعد لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فلا أقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره ، مع احتمال براءته ، و يحتمل الصبر .

و عن جامع المقاصد أن الأول أصح ، لأن مقتضى الكفالة احضار الغريم أو أداء ما عليه من المال ، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبري ، و هو المسقط للحق أو موت المكفول ، و أن الكفيل وثيقة على الحق كالرهن ، فإذا تعذر استيفاء الحق من جهة من عليه ، استوفى من الوثيقة ، وهذا وإن كان مبنياً على اقتضاها التخيير مطلقاً الذي قد عرفت البحث فيه أو أداء المال عند تعذر الاحضار الذي قد ذكره في رجوع الكفيل على المكفول إذا أدى . لكن قد يقال : على القول بانحصار مقتضاهما في الاحضار ، بعدم اعتبار إمكانه له ، بعد أن كان في حد ذاته من الممكنات ، لأنه هو

الذي أوقع نفسه في ذلك فيكلف به ويحبس عليه ، ولولأن يفدى نفسه بأداء ما عليه ، ليتخلص من ذلك كما هو مقتضى النصوص في حبسه ، ومن ذلك يظهر الحال فيما لو فرط الكفيل في احضاره بعد مطالبة المكفول له ، وكان متمكنا منه فهرب أو غاب غيبة منقطعة على وجه تعذر احضاره ، أو هرب به هو ، ضرورة أولوية لزومه المال . وإن حكى عن التذكرة وجوب المال إن أوجيناه بها ، وإلا فاشكال ، ونحوه في جامع المقاصد ، ولو كان غائبا حين كفل ، فالحكم في احضاره كما لو غاب بعد الكفالة . وعن جامع المقاصد لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه ، أو في حبس ظالم لا يمكن تخليصه ، وجب الصبر إلى زمان إمكان احضاره ، ولورجى تخليصه بوجه وجب عليه السعى فيه ، واو احتاج إلى بذل مال فاشكال ، وكأنه مناف لما سمعته منه سابقا ، والتحقيق في ذلك كله ما عرفت .

المسألة الثالثة : ذكر غير واحد من الاصحاب بل لا اجد فيه خلافا انه **﴿ إذا تكفل بتسليمه مطلقا ، انصرف إلى بلد العقد ﴾** وهو إن سلم ، فقيما إذا كان العقد في بلد المكفول له أو بلد قراره ، أما إذا كان في برية أو بلد غربة فسد هما مفارقتة سريعا بحيث تدل القرائن على عدم ارادته ، ففي المسالك أشكل انصراف الاطلاق إليه ، وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم ، إلا أنهم لم يذكروا هنا خلافا ، وفيه : أن ذلك ليس محل شك ، ولا يحتمل إرادتهم ، إذ الفرض حضور القرائن الدالة على عدم ارادته .

نعم قد يشك فيما إذا لم تكن قرينة ، حتى إذا كان بلد العاقد وقد تقدم الكلام سابقا على نحو ذلك في كتاب السلم وغيره وعلى كل حال فلا إشكال **﴿ و ﴾** لا خلاف في أنه **﴿ إن عين موضعا لزمه ﴾** لقاعدة المؤمنون وغيرها **﴿ و ﴾** حينئذ فـ **﴿ لو دفعه في غيره لم يبرء ﴾** إذا لم يتسلمه المكفول له برضى منه ، لعدم كونه تسليما تاما **﴿ وقيل ﴾** والقائل الشيخ والقاضي كما عرفت **﴿ إذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسلمه ضرر ، وجب تسلمه وفيه تردد ﴾** بل منع إلا على ما سمعته في الأجل فيما إذا فرض كون مصلحة الشرط للكفيل ، وقد أسقطها .

المسألة ﴿الرابعة﴾ : لو اتفقا ﴿أي الكفيل و المكفول له﴾ ﴿على﴾ وقوع ﴿الكفالة﴾ لكن ﴿قال الكفيل﴾ : لا حق لك ﴿الآن﴾ ﴿عليه﴾ لآداء أو ابراء أو غيرهما ، كان القول قول المكفول له يمينه ، لأصالة بقاء الحق ، وكذا لو قال له : لا حق لك حال الكفالة ﴿كان القول﴾ أيضاً ﴿قول المكفول له﴾ بلا خلاف أجده فيه ﴿لأن﴾ الاعتراف من الكفيل بوقوع ﴿الكفالة﴾ تستدعي ثبوت حق ﴿فيكون﴾ هو مدعى الفساد ، و المكفول له مدعى الصحة ، ولا ريب في أن القول قول مدعى الصحة لأصالتها بل عن مجمع البرهان أن القول قوله بلا يمين ، وإن كان هو خلاف ما صرح به غيره من دون خلاف ، بل خلاف قوله ^(١) «البيئنة على المدعي ، و اليمين على من أنكر» ، وعلى هذا فإننا حلف المكفول له وتعذر على الكفيل إحضار الغريم فهل يجب عليه أداء المال من غير بيئنة ؟ احتمله في المسالك ومحكي التذكرة ، ولكنه واضح الفساد ، ضرور قاعمية ثبوت صحة الكفالة من ثبوت الحق على المكفول . نعم لو أقام المدعي البيئنة بالحق كان له إغرام الكفيل على الوجه الذي تقدم سابقا ، لكن لا يرجع به هنا على المكفول ، لاعترافه بعدم كونه كفيلا شرعا عنه ، وأنه مظلوم ، و لكن إذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له أمكن الرجوع بما أغرمه على مافي ذمة المكفول مقاصة ، لانه قد صار عوضاً عما أداه ، أما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعا ، كما هو واضح .

المسألة ﴿الخامسة﴾ : إذا تكفل رجلان ﴿مثلا دفعة أو مرتبا﴾ برجل فسلمه أحدهما لم يبرء الآخر ﴿عند الشيخ﴾ ، و ابن حمزة ، و القاضي فيما حكى عنهم ، فإننا هرب منه حينئذ كان له الرجوع على الثاني ، للأصل ، و كون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فك أحدهما لم يفك الآخر ﴿و﴾ لكن ﴿لوقيل﴾ : بالبراءة لكان حسنا ﴿بل في القواعد وغيرها من كتب الجماعة أنه الأقرب﴾ ، لأن المقصود تسلمه وقد حصل ، حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي برأ ، لحصول الغرض ، و الظاهر أن محل البحث

(١) الوسائل الباب ٣- من ابواب كيفية الحكم و القضاء الحديث ١- ٥- لكن

فيه و اليمين على من ادعى عليه .

في التسليم عن نفسه ، أما لو قصد التسليم عن صاحبه فلا إشكال في براءة صاحبه ، وإن بقي هو عند الشيخ .

و على كل حال فما ذكره المصنف والجماعة جيد ، إن كان المراد من كفالتهمما الاحضار الواحد ولو على وجه يكونان معاً كفيلاً ، فانه لا إشكال في براءة كل منهما بأدائهما معاً دفعة ، و بأداء كل واحد منهما ، أما إذا كان المراد من كفالة كل واحد منهما الاستقلال على وجه لو أسقط المكفول له حق الكفالة من أحدهما بأقالة ونحوها لم يسقط عن الآخر . فلا يخلو كلام الشيخ من قوة حينئذ ، إلا إذا قصد تسليمه عن صاحبه ، فإنه يبرأ صاحبه ، ولكن هو لا يبرأ كما عرفته سابقاً ، والظاهر تعدد الحق بتعدد الكفيل إذا لم تكن قرينة على إرادة الأول ، و دعوى اتحاد حق الاحضار لا يقتضي عدم تعدد استحقاقه من وجوه عديدة ﴿ولو تكفل لرجلين برجل ثم سلمه إلى أحدهما لم يبرأ من الآخر﴾ بخلاف ولا إشكال ، بل قيل : إنه كذلك عند العامة فضلاً عن الخاصة .

المسألة السادسة : إذا مات المكفول برأ الكفيل ﴿على المشهور كما عن التنقيح بل في الرياض نفى الخلاف فيه ، بل في محكي التذكرة بطلت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، قيل : لأنه تكفل بيده على أن يحضره ، وقدفات بالموت ، و لأنه قدسقط الحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل وفيهما مالا يخفى .

نعم قد يقال : ان المتبادر إنما هو الاحضار حال الحياة و إن ذلك هو المتعارف بين الناس ، فيحمل الاطلاق عليه ، أو لمعلومية كون المراد من الكفالة الاحضار مقدمة لتحصيل الحق المعلوم انتفاؤه بالموت ، بل قد يدعى بناء شرعيتها في مثل ذلك على ذلك ، بحيث لو صرح بخلافه لم نصح ، و من ذلك يحتمل الحاق غير الموت به ، إذا كان بحيث يخرج عن قابلية تحصيل الحق منه بجنون و نحوه هذا .

ولكن في المسالك « يمكن الفرق بين أن يكون قدقال : في عقد الكفالة كفلت لك حضور بدنه ، أو حضور نفسه أو حضوره فيجب في الأول احضاره ميتاً إن طلبه

منه ، وإلا فلا ، و يبني الثاني على أن الإنسان ما هو فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك ، وإلا فلا ، وفيه ما لا يخفى بعد ما عرفت من بناء شرعية الكفالة في تحصيل الحق على ذلك ، فلا مدخلية للعبارة حينئذ .

نعم لو كان المراد منها الشهادة على عينه وصورته ، إتجه حينئذ صحتها والإلزام باحضاره ميتاً ، بناء على صحة الكفالة في ذلك كما سمعته سابقاً من الفاضل في القواعد ، ولعله لذا قيد الحكم المزبور هنا في القواعد بغير الشهادة على عينه ، بل في المسالك تبعاً للمحقق الثاني عدم الفرق في ذلك بين كونه قد دفن أولاً ، لأن ذلك مستثنى من حرمة نبشه ، سواء قلنا بجوازه للمال وعدمه ، ولو فرض تغيره على وجه لا يمكن الشهادة عنه لم يجز احضاره لانقضاء الغرض حينئذ .

و بذلك يظهر لك النظر فيما في القواعد من خروج الكفيل على احضاره للشهادة على عينه عن العهدة ، بالدفن إن حرّمتنا النباش لأخذ المال ، ضرورة عدم تفريع ذلك عليه ، فإن الشهادة على عينه من مستثنيات النباش ، سواء قلنا بجوازه لأخذ المال وعدمه ، وقد تقدم في كتاب الجنائز البحث عن هذه المسائل ، ولو أنه بناء على جواز نبشه للشهادة على عينه كان أولى ، كما أنه لا يخفى عليك النظر في أصل صحة الكفالة في ذلك ، للشك في تناول أدلتها لمثله ولو كان موته بعد معاملة الكفيل باحضاره ، فقد يظهر من إطلاقهم اتحاده في الحكم ، لكن لا يخلو من نظر ، بل لولا الإجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر ، بناء على اقتضاء الكفالة التخيير بين الاحضار والمال ، فإنه إذا تعدّر الأوكل يبقى الآخر فتأمل جيداً ، هذا كله في موت المكفول .

أمّا موت الكفيل فلا إشكال في بطلان الكفالة حينئذ بخلاف موت المكفول له . فإن الحق ينتقل إلى وارثه ، لعموم أدلة الارث ، بعد أصالة بقاء الحق ، بل قد ذكرنا سابقاً في الحوالة احتمال انتقال حق الكفالة بانتقال الدين ببيع أحواله ونحوهما ، وإن صرح الفاضل في القواعد وبعض شراح كلامه بعدم انتقاله كما ذكرنا ذلك سابقاً . ﴿ وكذا ﴾ يبرء الكفيل ﴿ لو جاء المكفول وسلم نفسه ﴾ للمكفول له عن

الكفيل تسليماً تاماً أو سلمه أجنبي عنه كذلك ، وقبل المكفول له لذلك ، لحصول الغرض ، وعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل ، إذ ليس هذا الحق أعظم من الدين ، بل لا يبعد وجوب القبول لنحو ما سمعته منا في دفع الدين مع المتبرع كماعن الأردبيلي التصريح به هنا .

بل لعلّه ظاهر المتن وغيره عدا الفاضل في محكي التذكرة ، وبعض من تبعه فإنه صرح بعدم وجوب القبول عليه ، إلا أن يكون عن إذن الكفيل ، لعدم وجوب قبض الحق إلا ممن عليه ، وفيه نظر ولو سلمت نفسه أو الأجنبي لاعتن الكفيل فقي موضع من محكي التذكرة عدم البراءة ، وعن موضع آخر منها اطلاق البراءة ، واستجوده في المسالك ولكن لا يخلو من إشكال كما عرفت سابقاً في كفالة الاثنين .

﴿فرع : لو قال الكفيل : أبرأت المكفول ، فأنكر المكفول له كان القول قوله﴾ مع بمينه لا صالة بقاء الحق بعد اعتراقه بثبوته سابقاً ، كما هو مقتضى دعوى الإبراء ﴿فلورد اليمين على الكفيل ، فحلف براء من﴾ حق ﴿الكفالة﴾ لكن ﴿لم يبرأ المكفول من المال﴾ يمين غيره ، فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلة ، فله اليمين على المكفول له لو أدعى عليه الإبراء ، ولا يكتفى باليمين التي حلفها للكفيل ، كما أن له رد اليمين على المكفول ، فإذا حلف براء حينئذ .

نعم لو فرض سبق دعوى الإبراء من المكفول فحلف اليمين المردودة براء هو وكفيله ، وإن كان قد حلف المستحق أولاً للكفيل على عدم الإبراء لسقوط الحق بيمين المكفول تنسقط الكفالة ، كما لو أدعى الحق وعدم بناء أحد منهم الحكم في شيء من ذلك هنا ، على كون اليمين المردودة كالبيينة أو الأقرار يقتضى كونها أصلاً برأسه .

المسألة : لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء ، جاز ﴿الكفالات وصحّ بلا خلاف ولا إشكال ، لوجود مقتضى الكفالة ، ولو أقال المستحق الكفيل الأول برؤا أجمع ، وكذا لو أحضر الأول وكفله المكفول لأنهم فروعه ، ولو أقال أحدهم براء هو ومن بعده دون من قبله ، كما أنه لو مات يبرء من كان فرعاً له ، ولو مات الأول برؤا أجمع ، وليس للمكفول له مطالبة ورثة الكفيل الأول ، وإن احتمل ، لكنه في غير

محله ، ولومات المكفول برؤا أجمع أيضاً ولا يتوهم من صحة قراميتها صحة دورها كما في الضمان والحوالة ، لان حضور المكفول الأول يوجب براءة من كفله ، وإن تعذراً فلا معنى فطالبته باحضار من كفله كما هو واضح .

المسألة الثامنة : لانصح " كفالة المكاتب " المشروط عند الشيخ بناء على أصله المتكرر من عدم لزوم مال الكتابة عليه ، لجواز تمييزه نفسه ، وفيه ما عرفت من منع ذلك أولاً . ومن عدم اقتضائه الفساد ثانياً ، ولذا قال المصنف " على تردد " بل في المسالك " وتزيدنا أنه إمام عبد أو مديون وكلاهما ميجوز للكفالة ، وموجب للاحضار ، وهو ميني على ما سمعته سابقاً من الفاضل من جواز كفالة العبد . إلا أنك قد عرفت تقييده له بالآبق ، بل ظاهر المحكي عن غيره اعتبار اعتياد الآبق وقد عرفت النظر في أصل صحة الكفالة في ذلك ، وإن كان لا يخلو من وجه باعتبار كونه مكلفاً مستحقاً عليه الحضور ، بخلاف الدابة ونحوها من الأموال .

المسألة التاسعة : لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه " أو نحو ذلك " صح " لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً " بخلاف أجده إلا من ثاني الشهيدين تبعاً لمحتمل المحقق الثاني ، قال : " لأن العضوين المذكورين وإن كانا قد يطلقان على الجملة ، إلا أن اطلاقهما على أنفسهما خاصة شايع متعارف إن لم يكن أشهر ، وحمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط ، وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح ، نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعاً ، بل كالجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه ، وبالجملة فالكلام عند الإطلاق وعدم قرينة تدل على أحدهما فعند ذلك لا يصح التعليل بأنه قديعبر بذلك عن الجملة " .

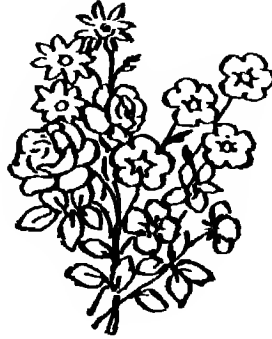
وفيه أن المراد من التعليل المزبور بيان صحة الإطلاق المزبور المراد منه ذلك قطعاً في عقد الكفالة ، ولو باعتبار تعارف التعبير به مراداً به الجملة فيها ، أو بيان الاكتفاء في الحمل على الوجه الصحيح ، لأصالة الصحة وغيرها بقابلية اللفظ لذلك بخلاف ما إذا لم يكن قابلاً ، وعلى هذا أولاً ول يحمّل كإدم الأصحاب .

نعم الحق بهما الفاضل في محكي التحرير والتذكرة الكيد والقلب ونحوهما من الاعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها والجزء المشاع كالثلك والربيع وغيرهما ، ونظر فيه في القواعد من عدم السريان كالبيع ، ومن عدم إمكان احضار الجزء إلا بالجملة فيسرى ، وفي جامع المقاصد « لقائل أن يقول : إن احضاره وإن كان غير ممكن بدون احضار الجميع لا يقتضى الصحة ، لأن الاحضار فرع الكفالة ، والمطلوب إنما هو صحة الكفالة ، وإحضار ذلك العضو ، وحيث أن صحتها إنما تكون بكفالة المجموع لم تصح هنا ، إذا المتكفل به ليس هو المجموع ، ولأما يستلزمه ، وإن كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن إلا باحضار المجموع ، والعقود اسباب متلفات من الشارع فلا بد في صحتها من النص ، مع أن التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف » وتبعه على ذلك في المسالك ، بل قال : « وحينئذ فعدم الصحة أوضح » .

وفيه أن المراد بالاكتفاء في موضوع الكفالة الذي هو المجموع ملاحظته ولو بعنوان المقدمة لما هو المذكور في عقدها ، ولا يبعد الاكتفاء به ، لاطلاق الأدلة بل لو كان المقصود من ذلك إرادة الجملة صح ، وإن لم يتعارف التعبير به عنها ، لعدم اشتراط نحو ذلك في متعلق العقد ، بل يكفي فيه إرادته من اللفظ بالعربية ، وإن لم يجر على قانون اللغة ، ولكن مقتضى ذلك أنه لا يتم قول المصنف ﴿ ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر ، لم يصح ﴾ ، إذ لا يمكن احضار ما شرط مجرداً ولا يسرى إلى الجملة ﴿ بل هو المحكي عن المبسوط ومن تأخر عن المصنف .

نعم في القواعد وجهان وفي المسالك لا يبعد القول بالصحة ممن يقول بها فيما سبق ، اللهم إلا أن يقال : إن الوجه في ذلك عدم معلومية ملاحظة الجملة ، ولو بعنوان المقدمة ضرورة إمكان انفصالهما مع بقاء الحياة ، فلا يتيقن إرادة موضوع الكفالة ، لعدم القرينة بخلاف الأول الذي لا يمكن التعيش بدونه ، إذا احتمال الاتيان بهما بعد موته منافع لأصل موضوع الكفالة المفروض ملاحظتهما إياه ، فلو فرض حصول قرينة في محل البحث على ملاحظة الاتيان بالجملة مقدمة لذلك ، أمكن الاكتفاء فيها بذلك لنحو ما عرفت ، أو يقال : إن الوجه في فرق الأصحاب بينه وبين الأول هو صحة التعبير

بالاول عن الجملة ، فيكفى أصل الصحة حينئذ في الحكم بارادتها منه ، بعد فرض عدم صحة التعبير لها عن الجملة بل لابد من التصريح بذلك ، أو بقرينة اخرى ، فيكفى حينئذ ، وإن كان غلطاً لما عرفت والله العالم والمؤيد والموفق والمسدد . وقدم والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .



﴿ كتاب الصلح ﴾

الذي قد دلّ على شرعيته بالخصوص ، الكتاب والسنة والإجماع من المسلمين قال الله تعالى ^(١) « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وقوله ^(٢) « فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم » وقوله ^(٣) « إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما » وقوله ^(٤) « إنما المؤمنون أخوة فأصلحوا بين أخويكم » وقوله ^(٥) « فإن فئت فأصلحوا بينهما بالعدل » وقوله ^(٦) « أو إصلاح بين الناس » وإن كان في دلالة ما عدا الأول على الصلح العقدي الذي عند الأصحاب تأمل ، بل قيل : والأول ، وفي النبوي المروي في طرق العامة ومرسلا في الفقيه ^(٧) « الصلح جائز بين المسلمين لإصلاح أحل حراماً أو حرّم حلالاً » .

وفي خبر حفص بن البختري ^(٨) عن أبي عبد الله عليه السلام « الصلح جائز بين المسلمين » .

وفي آخر عنه ^(٩) عليه السلام أيضاً « في الرجل يكون عليه شيء فيصالح فقال : إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس » .

(١) سورة النساء الآية - ١٢٨ -

(٢) سورة الأنفال الآية - ٨ -

(٣) سورة النساء الآية - ٣٥ -

(٤) سورة الحجرات الآية - ٤٩ -

(٥) سورة الحجرات الآية - ٣٩ -

(٦) سورة النساء الآية - ١٤ -

(٧) الوسائل الباب ٣ - من أبواب أحكام الصلح الحديث - ٢ -

(٨) الوسائل الباب ٣ - من أبواب أحكام الصلح الحديث - ١ -

(٩) الوسائل الباب ٥ - من أبواب أحكام الصلح الحديث - ٣ -

وفي ثالث^(١) عنه عليه السلام أيضاً «سألتناه عن الرجل يكون عنده مال لا يتم فلا يعطيهم حتى يهلكوا، فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرأه مما كان عليه أبيرء منه؟ قال: نعم» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على كونه عقداً مستقلاً بنفسه، لا يتوقف على سبق خصومة، مثل البيع وغيره من العقود. ﴿و﴾ إن كان ﴿هو﴾ في الأصل ﴿عقد شرع لقطع التجاذب﴾ والتنازع بين المتخاصمين إلا أن ذلك فيه من الحكم التي لا يجب اطرادها مثل المشقة في حكمة القصر، ونقصان القيمة في الرد بالعيب، واستبراء الرحم للعدّة، وغيرها من الحكم التي لا تقتضي تخصيصاً أو تقييداً لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضى ثبوت الحكم في غير محلها، فضلاً عن خصوص الأدلة من السنة المستفيضة أو المتواترة والاجماع بقسميه، كما هو واضح.

وإن أُنْبِئَ فيه في المسالك وغيرها، حتى أن بعضهم التجأ إلى دعوى أنه وإن كان شرع في قطع الخصومة، إلا أنه لا دليل على اشتراطها فيه، بل الأصل عدم ذلك. وآخر إلى غير ذلك مما لا حاجة إليه بعد ما عرفت ولا إلى ما قيل: - من أنه ربما يشعر لفظ الصلح بتحقيق منازعة، لكن لا يتعين كونها سابقة، بل يصح إطلاقه بالاضافة إلى دفع منازعة متوقعة محتملة، وإن لم تكن سابقة، كما يفصح عنه آية النشوز^(٢) فاشتراط السبق في مفهومه غفلة واضحة.

نعم لا تساعد الاخبار المتقدمة على الدلالة على المشروعية حيث لا منازعة سابقة ولا متوقعة ولكن يمكن الذب عنه بعدم القائل بالفرق بين الأمة فكل من قال: بالمشروعية لدفع منازعة وإن لم تكن سابقة كما دل عليها اطلاق الاخبار المذكورة قال بها في الصورة المزبورة التي لم تكن فيها منازعة سابقة ولا متوقعة، - إذ فيه أن المراد بلفظ الصلح الواقع في إيجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا واصطلحا وتساملا عليه فيما بينهما، لأن المراد به خصوص الصلح المتعقب للخصومة مثلاً كما هو واضح.

(١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب احكام الصلح الحديث - ١ -

(٢) سورة النساء الآية ١٢٨ .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ليس﴾ هو عندنا ﴿فرعاً على غيره﴾ من العقود ﴿وان أفاد فائدته﴾ بل في التذكرة و عن السرائر الاجماع عليه ، وهو الحجة ، مضافاً إلى ظهور الأدلة السابقة أو صريحها في عدم فرعيته بل بعض موارد المصريح بها في بعض النصوص لا يصلح لأن يكون موضوعاً لغيره ، على أن إفاده عقد مفاد آخر لا يقتضى الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه ، وإلا لاقتضى اتحاد الهبة مثلاً بعوض معلوم مع البيع ، وهو واضح البطلان ، فإن الأحكام الشرعية تتبع عناوينها ، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الحيشية .

نعم لا بأس بشبوته من دليل آخر ، فماعن الشيخ - تارة أنه بيع مطلق ، وأخرى ماعن الشافعي ، من أنه فرع له إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم ، وللإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم ، وللعارية إذا تضمن التسلط على منفعة بغير عوض ، وللهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض ، وللإبراء إذا تضمن إسقاط دين - لوجه له ضرورة فرض عدم القصد به شيئاً منها ، وإلا كان باطلاً لعدم وقوع البيع والهبة مثلاً بلفظ الصلح ، ولادليل على ثبوت أحكامها له إذا أفاد فائدتهما ، على أنه لا يتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذي لا يندرج في شيء من المذكورات كما لا يخفى على من لاحظها ، بل الاتفاق فتوى و رواية هنا على عدم اشتراط المعلوماتية في المصالح عليه في الجملة ، بخلاف البيع .

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف بيننا في أنه ﴿يصح﴾ مع الاقرار والإنكار ﴿بل الاجماع بقسميه عليه﴾ ، مضافاً إلى العمومات . نعم المراد من الصحة - مع الإنكار - الظاهرية بمعنى أنه يجري عليه حكم الصحة ظاهراً لا في نفس الأمر ، فإن المدعى - ديناً أو عيناً أو منفعة مثلاً - وأنكره المدعى عليه - إن كان محققاً لم يصح للمنكر ما بقي له من مال المدعى ، - سواء كان من الجنس أولاً ، وسواء عرف المالك قدر الحق أولاً ، وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه أم لا ، لأنه ربما كان توصلاً إلى أخذ بعض حقه ، بل لو فرض أنه صالحه عن العين مثلاً بمال فهي بأجمعها حرام ، ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع إليه من العوض ، لفساد المعاوضة في نفس الأمر ، إلا أن يفرض

رضاً المدعى باطنا بالصلح عن جميع ماله في الواقع بذلك - وإن كان مبطلاً لم يجعل له مادفعه إليه المنكر ، رفعاً لدعواه الكاذبة وللضرر عن نفسه ونحو ذلك مما لا يتحقق معه التراضي المبيح لأكل مال الغير إلا مع فرض الرضا المزبور ، وإنما الحكم بالصحة بحسب ظاهر الشرع ، لاشتباه المحقق من المبطّل ، قال علي بن أبي حمزة ^(١) « قلت لأبي الحسن عليه السلام : رجل يهودي أو نصراني كان له عندي أربعة آلاف درهم ، فهلك ، أيجوز لي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان ؟ فقال : لا يجوز حتى تخبرهم » وفي صحيح عمر بن يزيد ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ، ثم صالح ورثته على شيء ، فالذي أخذه الورثة لهم ، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة ، فإن لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به » .

نعم في المسالك « لو كانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوزها ، كما لو وجد المدعى بخط مورثه أن له حقاً على أحد أو يشهد له من لا يثبت بشهادته الحق » ، ولم يكن المدعى عالماً بالحال ، وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على إسقاطها بمال أو على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الأمر ، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها ، ومثله مالهو توجهت الدعوى بالتهمة ، حيث يتوجه اليمين على المنكر ولا يمكن ردّها » .

لكن في جامع المقاصد في مفروض المسألة « ليس بعيداً من الصواب صحته ظاهراً وما في نفس الأمر تابع لصحة الدعوى وعدمها ، ويحتمل الصحة مطلقاً ، لأن اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها » .

قلت : قد يناقش في الصحة ظاهراً في الأول بانها غير متصورة بعد القطع بكون أحدهما مبطلاً سواء كان المدعى أو المنكر ، والفرض كفايته في الفساد في نفس الأمر فكيف يجمع الحكم بالصحة في ظاهر الشرع ، اللهم إلا أن يدعى أن مبنى شرعية

(١) و (٢) الوسائل الباب ٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث ٢- ٤- مع

الصلح على ذلك ، فيحكم حينئذ بالصحة عليه ظاهراً مادام الواقع مشتبهاً ، ولم يعلم المبطل منهما بعينه ، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض ، كما أنه لا يجوز للمصالح بالكسر الدعوى بما وقع الصلح عنه ، وإن كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الأمر ، ولذا لو انكشف الحال بعد الصلح باقرار عمل عليه ، حكم بفساد الصلح في الظاهر أيضاً ، وهل البينة كالاقرار في ذلك وجهان هذا وقد تقدم في التحالف في كتاب البيع ما يستفاد منه ان القطع بالواقع في الجملة لا ينافي اجراء الحكم في الظاهر تبعاً لمؤثرته ، وكذا قد يناقش في الصحة في نفس الأمر في الثاني بأن المتجه عليه حلية ذلك له ، حتى لو انكشف الحال بعد ذلك ، ولا اظن القائل يلتزمه ، ولعله لذا جعل الصحة في الواقع في جامع المقاصد تابعة لصحة الدعوى في نفس الامر وعدمها ، وكون اليمين حقاً يصح الصلح على اسقاطه ، لا ينافي اعتبار المراعاة فيه بما اذا لم ينكشف الواقع ، والا جرى الحكم على ما في الواقع .

نعم مادام الواقع مشتبهاً في نفسه يحكم بملكيتة العوض مثلاً ويحل التصرف فيه ونحو ذلك ، ويمكن تنزيل مراد القائل بالصحة في نفس الأمر على ذلك ، لأن المراد الصحة فيه مطلقاً حتى لو بان الامر بعد ذلك .

اللهم إلا أن يدعى ان ظهور الأمر بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي قد وقع على اسقاطه ، وهو كاف في الصحة في نفس الأمر وان انكشف الحال بعد ذلك .

ولكنه كما ترى ، على أنه لا يتم فيما لو فرض انكشف الحال بصحة دعوى المدعي ، فإن المال حينئذ في يد المنكر باق على ملك المدعي الذي قد صولح على إسقاط ماله من حق اليمين ، ولم يحصل منه ما يقتضى انتقال المال إلى المنكر ، لأن الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضة عليه ، وبالجملة يمكن أن يقال: إن الصلح في قطع الدعوى كاليمين من المنكر الذي قد يدعى أنهما من أقسام المعاوضة شرعاً أيضاً وقد ذكروا أيضاً فيه أنه ليس له المقاصة باطناً ، وإن كان هو لا يبيح المال في الواقع .

نعم لو أقر بعد ذلك أخذ باقراره خاصة ، وفي البينة خلاف ، لصحة عدم

الاتفات إليها ، فيمكن جعل الصلح القاطع للنزاع مثله في ذلك كله ، ضرورة كون المنشأ في ذلك كله إسقاط الدعوى واستيفاء المدعى عوضها اليمين ، وهو ذلك مما يأتي مثله في الصلح فتأمل جيداً فإنه لا يخلو من نظر ، كما أنه لا يخلو حلية المال بمجرد كتابة المورد مثلاً منه أيضاً .

نعم قد يقال : بحلية ما دفع المتخلص من يمين التهمة باعتبار إيماء مشروعية اليمين لها بذلك ، ولو قلنا بمثله في كتابة المورد أمكن حليته لذلك .

وكيف كان فقد ظهر لك أن الصلح بين المسلمين جائز مع الإقرار والانكار (إلا ما) أي صلحاً (أحل حراماً) كاسترقاق الحر واستباحة بضع المحرمات وشرب الخمر ، واللواط (أو حرّم حراماً) بأن لا يبطأ حليته ، أو لا ينتفع بماله ، أو نحو ذلك مما علم عدم جواز الصلح على اجتنابه ، وحينئذ فلا استثناء متصل ، ضرورة كون الصلح على مثل ذلك باطلاً ظاهراً وباطناً ، وربما فسر أيضاً بصلح المنكر على بعض المدعى به أو منفعة أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى كما سبق تحريره ، لكن الاستثناء حينئذ منقطع ، لما عرفت من الحكم بصحته ظاهراً ، وإنما هو فاسد في نفس الأمر ، والحكم بالصحة والبطلان إنما يطلق على ما هو الظاهر . نعم بناء على ما عني الشافعي من عدم الصحة مع الانكار يكون الاستثناء معتمداً وربما كان ذلك هو الدليل له ، فإنه حينئذ محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب ، ومحرم للحلال بالنسبة إلى المحق ، إلا أن فيه ما عرفت ، مضافاً إلى عدم ظهور الخبر المزبور فيه ، بل يمكن أن يكون مراد الشافعي البطلان في نفس الأمر أيضاً خاصة لا مطلقاً وحينئذ يرتفع النزاع بيننا وبينه كما أنه يمكن دعوى الاتصال على ذلك أيضاً ، بناء على إرادة البطلان في نفس الأمر من عدم الجواز في الخبر المزبور ، كما أنه يمكن إرادة جعل الصلح شارعاً من الاستثناء ، بمعنى أن الصلح الباطل هو الذي يكون مضمونه تحليل ما حرّم الله وبالعكس ، على وجه يكون به الحل والحرام ، إلى غير ذلك من الوجوه المحتملة فيه ، والله العالم .

(وكذا يصح) الصلح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع

جهالتهما به ﴿بلاخلاف فيه في الجملة ، بل في المسالك و غيرها الاجماع عليه ، لاطلاق الأدلة وخصوص الصحيح^(١) عن الباقر والصادق عليه السلام «أنهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ، لا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه ! فقال كل واحد منهما لصاحبه : لكما عندك ، ولي ما عندي ، فقال : لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما» ، ونحوهما الموقوف^(٢) والمناقشة - باحتمال كون مضمونها الإبراء ، لا الصلح - يدفعها فهم الأصحاب ذلك منها ، و ظهور إرادة المعاوضة فيها ، وليست حينئذ إلا الصلح ، فلا إشكال حينئذ في الدلالة على المطلوب ، على أن الحاجة ماسة إلى تحصيل البراءة مع الجهل ، ولا وجه إلا الصلح .

نعم لو كان أحدهما عالماً بعدون الآخر لم يصح الصلح في نفس الأمر بل لا بد من الإعلام بالتقدير إن كان الجاهل المستحق ، كما سمعته في خبر أبي حمزة ،^(٣) أو كان المصالح به قدر حقه مع فرض عدم تعيينه ، ومع ذلك فالعبرة بوصول الحق لا بالصلح .

نعم لو فرض الرضا الباطني على كل حال صح كما عرفت فيما تقدم ، وإن كان العالم ، المستحق ، لم يصح الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره فما دون عكس الاول إلا مع فرض الرضا المزبور الذي يمكن استفادة حكمه - مضافا إلى^(٤) عموم تسلط الناس على أموالهم - من الصحيح^(٥) عن الصادق عليه السلام « في الرجل يكون عليه شيء فيصالح ؟ فقال : إذا كان بطيية نفس من صاحبه فلا بأس ، وغيره بناء على إرادة الصلح بالانقص كما هو الغالب ، مع عدم اعلامه بالحال ، والحكم في ذلك كله واضح ، بل الظاهر عدم اعتبار المنازعة في ذلك ، إذ الحكم المزبور يأتي في مطلق التصالح وإن لم تكن منازعة مع علمهما وجهلهما كوارث تعذر علمه بمقدار حصته ، وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدم المال كل منهما ونحو ذلك ، بل في المسالك

(١) - (٢) - (٣) الواسائل الباب ٥ - من ابواب احكام الصلح الحديث ١ - ٣ - ٢ .

(٤) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ من الطبعة الحديثة .

(٥) الواسائل الباب ٥ - من ابواب احكام الصلح الحديث ٣ - .

« ولو كان جهلهاما بالتقدير لتعذر المكياج والميزان ومست الحاجة إلى نقل الملك فالأقرب الجواز وهو خيرة الدروس » .

قلت : بل في التذكرة : لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرأ ولا جنساً بل يصح الصلح سواء علماً قدر ما تنازعا عليه وجنسه أو جهلاه ﴿ ديناً كان أو عيناً ﴾ وسواء كان ارتأ أو غيره عند علمائنا أجمع « اطلاقه - كما في المتن وغيره ، بل والنصوص كما اعترف به في الرّياض - يقتضي عدم الفرق في الصّحة بين كون المصالح عنه مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً أولاً ، أمكن معرفته في الحال أم لا ، لعدم مكياج او ميزان ونحوهما من أسباب المعرفة بل لاخلاف في الأولى على ما قيل ، لاتفاق الأدلة نصاً وفتوى عليها ، مضافاً إلى أن إبراء الذمة أمر مطلوب ، والحاجة إليه ماسة ، ولا طريق إليه إلا الصلح ، فلا إشكال فيها ، وكذا في الثالثة عند جماعة كالشهيدين والفاضل المقداد لتعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه ، والضرر بتأخيرها وانحصار الطريق في نقله فيه مع تناول الأدلة السابقة له ، ومن هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال ، مع إمكان الرجوع في وقت آخر إلى عالم به ، مع ميسر الحاجة إلى نقله في الحال .

نعم والرّياض بشكل في الثانية من عموم الأدلة بالجواز المعتضدة باطلاقات عبارة كثير من الأصحاب ، ومن حصول الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة والنقصان مع إمكان التحرز عنهما ، ولذا قيد في المسالك وغيرها الصّحة بما إذا تعذر تحصيل العلم بالحق والمعركة بالكلية ، ثم قال : وهو حسن ، إنا لترجيح عموم أدلة النهي عن الفرر أو لتعارضهما مع عموم جواز أدلة الصلح مع عدم مرجح للثانية ، فلا بد من المصير حينئذ إلى حكم الأصل ، وهو الفساد وعدم الصّحة ، مضافاً إلى إمكان ترجيح أدلة النهي عن الفرر باعتقادها بالاعتبار ، ورجحانها عند الأصحاب على أدلة الصّحة في كثير من المعاملات المختلفة كالبيع والاجارة ونحوهما من المعاملات المختلفة .

وفيه أولاً : منع العموم في الاعتبار من أدلة النهي عن الفرر ، فضلاً عن ترجيحه أو معارضته لعموم الصلح و الرجوع إلى أصالة الفساد إذ لم نعر في الاعتبار منها إلا

على التهي عن الفرر^(١) في البيع الملحق به الاجارة بالاجماع .
 على أن اطلاق النصوص السابقة - ومعقد إجماع التذكرة المعتضد باطلاق المتن
 وغيره من عبارات الأصحاب كما اعترف هو بذلك كله - كافٍ في تخصيص أدلة الفرر،
 بل قوله^(٢) في الصحيحين « إنا تراضيا بذلك و طابت أنفسهما » ظاهر إن لم يكن
 صريحاً في أن المدار في الصحة على ذلك ، ولو مع الجهل الذي يمكن زواله ،
 كظهور الحكم بالصحة في الصورتين الأوليين في ذلك أيضاً عند التأمل ، خصوصاً
 الثانية منهما ، ضرورة عدم صلاحية التعذر في الحال مع ميسر الحاجة إلى النقل
 الممكن بالهبة المعوضة و نحوها لارتفاع حكم الشرطية أو المانعية بعد فرض عدم
 الدليل بالخصوص ، والا لاقتضى ذلك في البيع ، وهو واضح الفساد ، على أن ترجيح
 أدلة الفرر بما سمعت يقتضى كون مدخليته هنا نحوها في البيع والاجارة الذي لافرق
 في مانعيته فيهما بين التعذر مطلقاً وفي الحال وعدمه ، وميسر الحاجة مع عدم رجوعه
 إلى نفي الحرج في الدين لا يؤثر أثراً ، ودعوى إرادة ذلك منه ممنوعة ، ولو سلمت لم
 تقتض اختصاص الصلح بذلك ، بعد الانعضاء عن أصل جريان نفي الحرج في المقام ،
 فالأقوى حينئذ الصحة مطلقاً ، إلا الجهالة التي لا تؤل إلى علم ، للإبهام ، بل الظاهر
 عدم الفرق في ذلك بين المصالح به ، والمصالح عنه ، كما هو مقتضى الصحيحين السابقين
 وغيرهما من الأدلة السابقة ، فما عن الشافعي - من عدم جواز الصلح على المجهول
 مطلقاً بل ظاهره المفروغية من اعتبار العلم بالمصالح به ، و لذا احتج به على اعتباره
 في المصالح عنه أيضاً بالقياس عليه - واضح الفساد ، وكذا ما في الدروس « من أن الأصح
 اشتراط العلم في العوضين إذا امكن ، إلى أن قال : ولو تعذر العلم بما صولح عليه
 جاز كما في واثق يتعذر علمه بخصته ، وكما إذا امتزج مالاهاما بحيث لا يتميز ولا نفر
 الجهالة ، و رواية منصور بن حازم^(٣) تدل عليه ، ولو كان تعذر العلم لعدم المكيا

(١) الوسائل الباب - ٤٠ - من ابواب آداب التجارة الحديث - ٣ - .

(٢) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب احكام الصلح الحديث - ١ - وذيله .

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب أحكام الصلح في ذيل الحديث - ١ - .

والميزان في الحال ومساس الحاجة إلى الانتقال فالأقرب الجواز، فإنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه، كما أنه لا يخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق في الصحة بين العلم في الجملة بالوصف أو المشاهدة وعدمه أصلاً، فما عن الأردبيلي من الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلوماتية، ولكن يعتبر فيه العلم في الجملة، إما بالوصف أو المشاهدة - محل للنظر أيضاً بل المنع، نعم قد يقال: بالمنع مع الجهل الذي لا يؤول إلى علم، لا بهامه كما ستعرف إنشاء الله، لعدم صلاحيته للنقل والانتقال.

﴿و﴾ كيف كان ﴿هو﴾ أي عقد الصلح بناء على ما قلناه من كونه أصلاً برأسه ﴿لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه﴾ بلاخلاف، لعموم «أوفوا»^(١) وغيره من أدلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود نعم يجيب على قول الشيخ الجواز في بعض موارد، كما إذا كان فرع العارية أو الهبة على بعض الوجوه، بناء على أن مراده لحوقه حكم ما أفاد فائدته، أما على المختار فليس إلا على اللزوم، ﴿إلا أن يتفقا على فسخه﴾ بالاقالة الشامل دليلها لهول غيره، كما عرفته هناك والله العالم. ﴿وإذا اصطلاح الشريكان﴾ عند انتهاء الشركة، وإرادة فسخها أو مطلقاً، على ما ستعرف ﴿على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله صح﴾ بلاخلاف في الجملة فيه، للمعلومات، وخصوص المعبرة منها الصحيح^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين اشتركا في مال فربحاً فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح عليك التوى، فقال: لا بأس إذا اشترطاً، فإذا كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد إلى كتاب الله عز وجل، ونحوه الآخر^(٣) عنه أيضاً إلا أنه قال: كان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين. وكذا الثالث^(٤) إلا أنه قال: «وكان المال ديناً» ولم يذكر العين ولا «عليهما دين» والرابع^(٥) إلا أنه قال: «وكان المال ديناً وعيناً».

(١) سورة المائدة الآية - ١ - .

(٢-٥) الوسائل الباب ٤ - من أبواب أحكام الصلح الحديث - ١ - وذيله .

قيل : وليس في شيء منها كالعبارة و ما ضاهها من عبارات الجماعة عموم الحكم بالصحة لصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أو بعده ، وإن لم يرد القسمة لظهور سياق الرواية فيما قيدنا به العبارة من تعقب القول بأن الربح والخسران لأحدهما ورأس المال للآخر للشركة وحصوله بعدها ، وبعد إرادة القسمة لقوله « فربحا فيه ربحاً » و « اعطنى رأس المال » وليس في قوله « اذا اشترطا » منافاة لذلك ، لاحتمال أن يكون المراد منه إذا تراضيا رضاً يتعقب اللزوم بوقوعه في عقد لازم ، كعقد صلح ونحوه ، وليس المراد اذا اشترطا في عقد الشركة كما توهم ، لاختصاصه حينئذ بنفي البأس في صورة وقوع الشرط فيه ، بل دلالة مفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه في غيره ظاهرة ، ولا قائل بهما فتعين كون المراد ما ذكرنا ، ووجه اشتراطه « ^{بالتراض} » ذلك خلوا السؤال عن بيان رضا الآخر ، وإنما غايته الدلالة على صدور القول من أحدهما ، ونحوها العبارة في عدم العموم للصورة المذكورة ، لأن اشتراط ذلك فيها لا يسمى صلحاً ، بل اشتراطاً .

قلت : أوّل من تنبّه لذلك الشهيد في الدروس فقال : « لو اصطلح الشريكان عند إرادة الفسخ على أن يأخذ أحدهما رأس ماله ، والاخر الباقي ، ربح أو توى جاز ، للرواية الصحيحة ، ولو جعل ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع ، لمناقاتهم موضوعها والرواية لم تدلّ عليه » ثم تبعه ثانی المحققين وثانی الشهيدین ، إلا أن الأخير منهما صرح بأن اطلاق العبارة يقتضى التعميم ، كما أن المحدث البهراني صرح بظهور النصوص في وقوع ذلك في اثناء الشركة وإن بقيت مستمرة ، بل جعل ذلك ظاهر إطلاق العبارات .

والتحقيق في المسألة أن يقال : إنه إن كان المراد مما في النص والفتوى كون هذا الصلح جارياً على مقتضى عموم مادلّ على مشروعيته ، وغير محتاج إلى دليل بالخصوص ، وإنما النصوص المخصوصة مؤكدة لذلك . كما يؤمى إليه استدلال الفاضل في التذكرة عليه أولاً بالعموم ، ضرورة صحة الصلح من أحد الشريكين عما يستحقه في الأعيان المشتركة بالمقدار المساوي لرأس ماله في نعمة الشريك الآخر ، وحينئذ

يخرج المال عن الشركة ويختص بالمصالح ، وإنما يكون العوض في ذمته - فلا ريب في صحة ذلك في ابتداء الشركة ، أي بعد مزج المالين قبل العمل بهما ، وفي الأثناء وعند إرادة الفسخ ، بل لافرق في صحته بهذا المعنى بين الشركة والمضاربة .

و ان كان المراد منهما صحة الصلح على أن يكون استحقاق أحدهما في المال رأس ماله تاماً وللآخر الباقي ، ربح أو خسر والمال باق على الشركة من غير أن يكون ذلك في ذمة المصالح بالفتح ، فلو لم يحصل من المال حينئذ إلا دون رأس ماله ، لم يكن له رجوع عليه ، فإن قلنا إن ذلك أيضاً مقتضى العمومات ، كان المنتجه أيضاً الصحة في الصور الثلاثة وإن قلنا إن جواز مثل هذا الصلح محتاج إلى الدليل الخاص ولا تكفي فيه العمومات بل لولاه لكان من الصلح المحلل للحرام ، وبالعكس ، فالمنتجه المنع في غير مورد النصوص المزبورة ، إلا أنه يمكن منع ظهورها في خصوص صورة انتهاء الشركة ، وإرادة الفسخ ، بل لا بأس بإيقاع الصلح المزبور المفروض إفادته الاستحقاق المزبور مع بقاء المال على الشركة يعمل به ، بل لعل عموم^(١) تسلط الناس على أموالهم ، يقتضيه ، و منه ينقدح الجواز في ابتداء الشركة أي بعد مزج المالين ، ثم إيقاع صيغة الصلح على النحو المزبور ، فيعمل بالمال على هذا الوجه الذي مرجعه إلى الكلي المضمون في المال ، و أنه لا يستحق سواء ، سواء بقي المال وزادت قيم أعيانه أولاً ، وسواء عمل به باذن من الآخر أولاً .

ودعوى - أن الثابت صحته من النصوص الصلح عماسبق من الربح والخسران لا ما يتجدد - يدفعها منع ذلك أولاً ووضوح عدم الفرق ثانياً ، ضرورة أنه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه ، سواء بقي المال على هذا الحال أولاً ، ضرورة أنه لو أراد دفع رأس المال له فنقد أعيان مال الشركة واتفق حصول الربح بذلك لم يكن له إلا رأس المال الذي وقع عليه الصلح قطعاً ، و ليس ذلك تعداً من محل النص الذي هو عند التأمل مطلق ، فإن المراد من قوله « أعطني » الكناية عن استحقاق رأس المال نعم لا يجوز التعدد إلى غير الشركة كالمضاربة ولا إلى غير هذه الصورة في الشركة كالصلح

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ من الطبعة الحديثة .

على اختصاص الربح بأحدهما دون الخسران ونحوه .

ومن ذلك كله ظهر لك أن المنتجة على كل حال الجواز مطلقاً ، كما هو مقتضى إطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب ، بل والنسب . نعم الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطية ، لاقى الابتداء ولاقئ الاثناء ولاعند الانتهاء ، ضرورة عدم المقتضى للزوم وإنما هو وعد ، بل قيل : إنه مناف لمقتضى العقد الذي هو تبعية الربح والخسارة للمال فهو مخالف للكتاب والسنة ، بل عائد عليه بالنقص ، و ليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه المناقبي للزوم الذي هو مقتضى الإطلاق لا العقد نفسه الذي لا يقتضى إلا الانتقال خاصة ، واللزوم من صفاته وكيفياته الخارجية ، بخلاف عقد الشركة الذي ليس مقتضاه إلا ما عرفت ، فمع اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلية ، و يكون بمنزلة العقد للشيء بشرط عدمه ، والبيع المشروط فيه عدم الانتقال ، و إن كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافياً لمقتضاها لم يجز حتى بالصلح الذي قد عرفت جوازه للأدلة المزبورة المراد بالشرط فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح ، فإنه ربما يطلق اسم الشروط على العقود .

و من الغريب جعل بعضهم محل النزاع هنا الاشتراط حتى قال : « إنه ليس في عبارة الجماعة إطلاق يشمل صورة الاشتراط في ابتداء الشركة الذي يسمى اشتراطاً ولا يسمى صلحاً وقد عتبروا به إذ قد عرفت أن محل البحث الصلح لا الشرطية ، ولكن هل صحته مختصة في صورة وقوعه عند ارادة فسخ الشركة أو عامة له ولو وقوعه في أثنائها أو عند ابتدائها ، أي بعدمزج المالين لمشروعية الاشتراك على هذا الوجه بالصلح من غير فرق بين الجميع ، ولاريب في اقتضاء إطلاق المتن وغيره ذلك ، بل لعلم مقتضى التأمل الصادق في النصوص أيضاً .

وأما مسألة الشرطية في عقد الشركة فهي مسألة أخرى مذكورة في باب الشركة لاندخلة لها فيما نحن فيه ، فمن الخطب جعل كلامهم هناك مقيداً لإطلاقهم هنا كما هو واضح وبه يظهر لك ما في جملة من كتب المصنفين خصوصاً الرياض فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ ولو كان معهما درهمان ، وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما ، كان لمدعيهما درهم ونصف ، وللاّخر ما بقي ﴾ بصحيح عبدالله بن المغيرة ^(١) عن غير واحد من أصحابنا « عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لي وقال الآخر : هما بيني وبينك قال : فقال أبو عبدالله عليه السلام : أما الذي قال : هما بيني وبينك فقد أقرّ بأنّ أحد الدرهمين ليس له فيه شيء وأنه لصاحبه ، ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين » .

ومثله مرسل محمد بن أبي حمزة ^(٢) المنجبر إرسالها بالشهرة ، مع أن في سندهما ابني أبي عمير والمغيرة من أصحاب الأئمة ، وإرسال أحدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض ، و المراد بكون الدرهمين معهما في الخبرين والمتن أنهما في أيديهما ليتساويا في الدعوى ، إذ لو كانا في يد أحدهما لقدّم قوله يمينه .

نعم ظاهر الخبرين والمتن وغيره أن الحكم كذلك من غير يمين ، وأنه لافرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الاشاعة أو بواحد منهما على التعين بل لعلهما في الأوّل أظهر منهما في غيره لكن في التذكرة بعد أن فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهمين والآخر واحداً منهما قال : « الأقرب أنه لا بدّ من اليمين ، فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قضى به للآخر ، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسّم بينهما نصفان » واستحسنه في المسالك ، لعموم ^(٣) « واليمين على من أنكر » وفي الدروس « لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما وادعى الآخر اشتراكهما ، ففي الرواية المشهورة للثاني نصف درهم ، وللاّوّل الباقي ، ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فإنّه يقوى القسمة نصفين ، ويحلف الثاني للاّوّل ، وكذا كل مشاع » .

وربما أشكل ما في التذكرة بعدم تمامية إخلاف كل منهما في صورة الدعوى على الاشاعة ، لاختصاص الحلف حينئذ بالثاني والبيئة بالآوّل ، ومع ذلك يستحق

(١) (٢) الوسائل الباب ٩- من أبواب احكام الصلح الحديث ١- .

(٣) المستدرك ج ٣- ص ١٩٩ .

بعد الحلف تمام الدرهم لالنصف ، و ما فيها و الدروس أيضاً بوجوب الخروج عن مقتضى القاعدة ، و تخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى ، بل ذلك كله كالاكتفاء في مقابلة النص والفتوى الظاهرين في عدم اليمين أصلاً ، والصريحين أو كالصريحين خصوصاً الخبرين منهما في فرض موضوع المسألة في الاشاعة ، بل ظاهرهما أن ذلك على وفق الضوابط العامة ، لا أنه تعبد صرف .

و من هنا أمكن أن يقال : بأن الوجه في عدم اليمين من أحدهما أنه بعد تساويهما في اليد المقتضية لملك كل منهما الكل ، المنافي لقاعدة عدم ملك المال المتحد للمالكين ، التي لا يختص الخروج عن التعارض فيها بالنصف الذي هو خلاف مقتضاها ، لا يمكن الحكم بكونه لواحد منهما ، ويستخرج بالقرعة أو بغير ذلك ، فاليد حينئذ بعد أن كانت كذلك لا تصير أحدهما منكراً عليه اليمين ، بل هما بعد أن تساويا من هذه الجهة صارا بحكم من لا يد لأحدهما ، والمتجه فيه قسمة المال بينهما نصفين قطعاً للدعوى ، فهو كالصلح القهري بينهما بذلك ، لا أن النصف مقتضى يد أحدهما حتى يكون منكراً بالنسبة إلى دعوى الآخر عليه ، وكذا العكس فيكونان كالمدعى من وجه والمنكر من آخر ، فيتحالفان . ضرورة ثبوت الحكم المزبور في غير ذوي الأيدي كما تسمعه في الوديعة ، وفي التداعي في المال المطروح ونحوهما ، و اليد إنما قضت بالجميع .

ومعارضتها بالأخرى لا تقتضي تنزيهاً لها على النصف الذي هو خلاف مقتضاها ، وحينئذ فليس النصف المحكوم به في النص والفتوى إلا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل والإصاف ، لعدم تحقق الدعوى من أحدهما والاكتفاء من آخر ، لكون المفروض تساويهما من كل وجه ، ففي الحقيقة ليس إلا دعوى واحدة ، وهي ملكية الدرهم ، إلا أن أحدهما يدعى أنهاله ، والآخر كذلك ، ولا ترجيح لأحدهما ، بعد معارضة يد كل منهما للأخرى ، الموجب للتسايط نحو البينتين المتعارضتين من كل وجه ، فيقسم المال بينهما - على احتماله فيهما بحسب دعواهما ، فإن كانا اثنين فالتصف ، وإن كانوا ثلاثة فالثالث ، وهكذا قطعاً للخصومة بينهما - بالعدل والإصاف ، فهو

كالصلح القهري ، ولعله لذا ذكر الأ أصحاب هذه المسألة وما شابهها في هذا الكتاب .
ومنه يعلم الوجه حتى في الدعوى بالإشاعة ، ضرورة أنها لاتناقى الإقرار بالدرهم
الكلي المشاع المنطبق على نصفى الدرهم والثلاثين من درهم ، والثالث من آخر ، و
هكذا ، فيبقى النزاع بينهما في الدرهم الآخر على إشاعته ، فيدعيه المقر له بالدرهم
الأول مضافاً إلى ذلك الدرهم ، والآخر ، يدعيه له فيقسم بينهما نصفين على الإشاعة
للقاعدة التي ذكرناها ، التي قد أومى إليها في الخبرين السابقين المعتضدين بالفتوى
المجردة عن ملاحظة اقتضاء اليد ، الموجبة للتوهم أن مدعى الدرهم الآخر المنضم إلى
ما اقتضته يده ، من النصف الذي هو درهم أيضاً مشاع ملفق ، مدع صرف ، والآخر
منكر ، باعتبار أنه قد ادعى عليه ما اقتضته يده ، فيحلف ويستحق النصف المشاع ، و
هو الدرهم الملفق ، إذ قد عرفت القاء اليد في المقام ، وأن الحكم بالنصف نصاً وفتوى
لقطع الخصومة بينهما بعد تساويهما من كل وجه ، فتأمل جيداً فإنه دقيق جداً .
و به يظهر الوجه فيما في النص والفتوى الصريحين في الإشاعة ، وأنه ليس
ذلك من باب التعبد كما لا يخفى على من تأمل الخبرين والفتاوى .

ومنه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف وغيره بل المشهور من قوله ﴿ وكذا ﴾
الحكم فيما ﴿ لو أودعه إنسان درهمين وآخر درهماً وامتزج الجميع ثم تلف درهم ﴾
فإن لذي الدرهمين درهماً منهما لاحتتمال فيه ، وأما الآخر فهو محتمل لكل منهما
ولامرجح ، فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما للقاعدة التي عرفت وأكدها هنا خبر
السكوني ^(١) عن الصادق عليه السلام « في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً
فضاع دينار منهما ؟ فقال : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقسمان الدينار الباقي
بينهما نصفين » بل ظاهره عدم اعتبار الامتزاج في هذا الحكم ، بل يكفي الاشتباه ،
كما أن ظاهره ذلك وإن لم تتصادم دعواهما في الدينار ، وأنه لا يمين على أحد منهما
خصوصاً مع عدم علم كل واحد منهما بعينه حقه .

لكن في المسالك استشكله في ضعف المستند بأن التالف لا يحتمل كونهما

(١) الوسائل الباب ١٢ - من ابواب احكام الصلح الحديث - ١ .

بل من أحدهما خاصة ، لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة ، و مال إليه في الدروس إلا أنه تحاشى عن مخالفة الأصحاب .

قلت : قال في الدروس : «ولو أودعه واحد دينارين وآخر ديناراً فضاع دينار واشتبه ففي رواية السكوني لصاحب الدينار نصف دينار وللآخر الباقي ، والعمل بها مشهور ، وهنا الاشاعة ممتنعة ، ولو كان في اجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثاً ، و لم يذكر الأصحاب في هاتين المسألتين يميناً ، و ذكروهما في باب الصلح ، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهرياً ، وجائز أن يكون اختياريّاً ، فإن امتنعا فاليمين ، والفاضل في أحد أقواله يحكم في مسألة الوديعة بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثاً ، كمختلط الأجزاء وفيه بعد ، ولو قيل : بالقرعة أمكن » .

و فيه : أنها عند الاشكال ، ولا إشكال بعد النص والفتوى ، والقاعدة التي أشرنا إليها في قسمة المال بين مدعيه ، قلوا أو كثروا بالسوية بعد فرض استوائهم في قطع الدعوى بذلك المنزل منزلة الصلح القهري فيما بينهم .

و منه يعلم ما في احتمال كونه اختياريّاً ، ضرورة إمكان القطع بعده من النص والفتوى ، كالقطع بعدم اليمين في جميع الصور حتى المسألة الأولى التي حصل الاشتباه في مالك المال من تعاقب يديهما المقتضية ملك كل واحد منهما ، بعد معلومية عدم ملكية المال المتحد للمالكين ، و إبطال اقتضاء كل من اليدين في النصف ، ليس بأولى من القول بحصول الاشتباه في مال كل الكلي الذي هو مقتضى يد كل منهما ، فيكون مالا مشتبهاً دائراً بينهما ، تأتى فيه القاعدة السابقة .

وأما ما حكاه عن الفاضل ، فهو كما ذكر في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج ، ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك ، أما مع فرضه فقد يقال : بأنه كالممتزج من الحبوب حينئذ ، أللهم إلا أن يدعى حصول الشركة بها قهراً شرعاً بخلاف غيره من الدراهم ونحوها ، لكنه كما ترى ، فالأولى فرض مسألة المتن بدون امتزاج كما في النص .

أما معه وقلنا بحصول الشركة به مطلقاً فالمتجه فيه حينئذ حكم الأفضرة في

كون التالف على النسبة ، واحتمال الفرق بالقطع في الجيوب بكون التالف منهما بخلافه في مسألة الدرهم - يدفعه أولاً : أنه لا قطع بكونه على النسبة في الجيوب ، إذ يمكن التفاوت ، وثانياً : عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول الشركة بالامتزاج في المثليات على وجه يرفع التمييز .

وقد ظهر لك من ذلك كله أن الحكم المزبور - في هذه المسائل التي قد عرفت اتفاق النص والاعتبار والمعظم من الفتوى عليه - قائم مقام الصلح فيها بالنسبة إلى قطع المخاصمة ، ولهذه المناسبة ذكرها الأصحاب في كتابه .

و من ذلك المسألة الثالثة ﴿ و ﴾ هي ما ﴿ لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما ، وآخر ثوب بثلاثين درهما ، ثم اشتبها ، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه ، وإن تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما بينهما ، فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة ﴾ التي قد افتى المشهور فيها بذلك لخبر إسحاق بن عمار ^(١) عن الصادق عليه السلام « في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب ، وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعت الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه قال : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن ، والآخر خمسي الثمن ، قلت : فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين : « إخرأيتهما شئت ، قال : قد أنصفه » المنجبر بالشبهة مع احتمال صحة سندها في طريق الصدوق ، بل والشيخ .

فما عن ابن ادريس من القرعة و مال اليه في المسالك في غير محله ، ضرورة عدم الاشكال بعد ما عرفت ، معتزداً بالاعتبار الذي يقضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك ، بل لولم يشتبها وبيعاً معاً كان الثمن موزعاً على حسب قيمتهما ، إلا أن الظاهر من النص والفتوى عدم اعتبار المعية في بيعهما في الحكم المزبور ، بل ظاهرهما صيرورة مالكيهما كالشريكين باعتبار احتمال تملك كل منهما لكل منهما ، فهما بمثابة الشريكين فيهما على نسبة قيمتهما .

فما في التذكرة - « من أنه إن بيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكل واحد -

(١) الوسائل الباب ١١ - من أبواب أحكام الصلح الحديث - ١ -

ثمن ثوب ولا إشكال ، و إن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمة ، وكذا الأقل بناءً على الغالب ، و إن بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة إجبارية كما لو امتزج الطعمان فيقسم الثمن على رأس المال - ، كالأجتهاد في مقابلة النص المعتضد بفتوى المعظم ، المقتضي صيرورتهما بمثابة الشريكين على كل حال .

ولذا قال في الدروس بعد حكاية ذلك عنه : « ويلزم على هذا ترجيح أحداً من بين من بيعهما معاً أو منفردين إذا الحكم مختلف ، ويظهر أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع ، والرواية مطلقة في البيع ، ويؤيدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم ، فهما بمثابة الشريكين .

نعم ما فيها أي الدروس « من أنه إن عملنا بالرواية ففي تعديها إلى الثياب والأمتعة والأثمان المختلفة ، نظر ، من تساوي الطريق في الجميع وعده ، والأقرب القرعة هنا » مخالف لقولهم عليه السلام ^(١) « علينا أن نلقي إليكم الأصول ، وعليكم أن تفرعوا » ^(٢) « ولا يكون الفقيه فقيها حتى نلحن له في القول فيعرف ما نلحن له » ولظهور إرادة التعليم منها مؤيداً ذلك كله بموافقة ما فيها للاعتبار ، ومناسبته لما سمعته سابقاً مما شرع لقطع النزاع والتخاصم ، فالأقوى حينئذ التعدية . هذا وربما ظهر من الحكم في هذه المسألة أنه من بيان موضوعات الأحكام ، لامن باب المرافعات ، ضرورة عدم ميزان للحكم فيها من البيئنة واليمين ، ولعل الأمر في المسائل السابقة كذلك أيضاً ، فلا يتوجه ما سمعته سابقاً من بعضهم من اليمين فلا حظ وتأمل والله العالم .

﴿ وإذا بان أحد العوضين ﴾ المعينين في العقد ﴿ مستحقاً ﴾ للغير أو غير قابل للعوضية كالخمر و الخنزير ﴿ بطل الصلح ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ضرورة أنهما من أركان هذا الصلح الذي قد وقعافيه ، وإن لم تقل أنه يعتبر في الصلح العوض ، لقيامه مقام الهبة والعارية إلا أن الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصدنا فيه ، فالمقصود حينئذ لم يصح بالفرض ، والذي فرض صحته غير مقصود .

(١) الوسائل الباب ٦-ع من أبواب صفات القاضي الحديث -٥١-

(٢) المستدرك ج ٣-ص ١٩٤ مع اختلاف يسير .

ولا يقاس ما هنا على المهر في النكاح - الذي فساد فيه لا يقتضي فساد العقد ، باعتبار كونه ليس من الأركان فيه ، بل يرجع إلى مهر المثل لحرمة القياس أولاً ، ولعدم عوض مقرر شرعاً هنا ، - كمهر المثل الذي يرجع إليه عند فرض عدم المهر - ثانياً ، ولكون المهر في عقد النكاح بعد أن دلّ الدليل على عدم فساد العقد بفساده ، صار كالملتزم المستقل عند العقد بالنسبة إلى حكم المزبور ، بخلاف المقام الذي لا دليل فيه كذلك ، وإن ثبت وقوع الصلح بالاعوض كما هو واضح .

ولا فرق عندنا بين القصاص وغيره في الحكم بالبطلان مع علم المصالح بفساد العوض خلافاً لبعض العامة فأسقط القصاص به ، وهو كما ترى مقتضى لترتيب الأثر على الفاسد .

نعم المنساق من العوض في المتن وغيره ما قيدنا به العبارة من كونه معيناً ، أما إذا كان مطلقاً فظهر استحقاق المدفوع عنه مثلاً رجوع يبدله ، كالبيع ، ولا فساد في العقد كما أنه لو ظهر في المعين عيب مثلاً تخير في الفسخ ، ولا بطلان ، لكون الصحة منها باعتبار الانساق إليها كالمذكورة وصفها فيها ، فمع فرض عدمها يثبت الخيار ، لقاعدة نفي الضرر وغيرها .

نعم في تخييره بين الفسخ وبين الأرض كما في البيع اشكال ، أقواه عدم ، لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بالبيع الذي لا يدخل فيه الصلح على الأصح ، ودعوى - أن ثبوته أيضاً من قاعدة نفي الضرر كالخيار - واضحة المنع ، ضرورة أنها لا تقتضي الأعدام للزوم المترتب عليه الضرر .

ومن ذلك يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح إذا كان دليلاً قاعدة نفي الضرر أو غيرها مما يصلح لتناول الصلح كخيار الغبن الذي قد صرح بثبوته هنا غير واحد وتختلف الوصف ، وعدم الوفاء بالشرط ، واشتراط الخيار ، ونحو ذلك بخلاف ما اختص دليله بالبيع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما ، بناء على عدم فرعيتة الصلح للبيع والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا اشكال في أنه ﴿ يصح الصلح على عين بعين أو منفعة ،

وعلى منفعة بعين أو منفعة للعمومات المقتضية لذلك ، ولغيره من الصلح عن الحق اسقاطاً أو نقلاً كحق الخيار ، وحق التحجير ، وحق الشفعة بحق مثله ، أو عين أو منفعة أو غير ذلك من صور الاختلاط ، بل الظاهر أنها تقتضى صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز اسقاطه أو نقله شرعاً ولذلك أفراد كثيرة ، كحق السبق إلى الوقف ، وحق القذف والغيبة ، وحق الرجوع في الطلاق في البذل وغير ذلك مما تسمعه في تناهيف هذا الكتاب وغيره .

نعم الظاهر في كثير من الحقوق صحة الصلح لإسقاطها لانقلها ، بل لو شك فيه أمكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح فتأمل جيداً .

ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح و ان لم يكن ثم قبض في المجلس ، لما عرفت من عدم كون الصلح فرعاً للبيع عندنا ، و أنه لا يعتبر فيه ما يعتبر في بيع الصرف على الأ شبه بأصول المذهب وقواعده وكذا لوقام مقام بيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس ، الى غير ذلك من الأحكام المختصة بالبيع حتى الربا ، بناء على أنه منها .

نعم لو قلنا بشموله لجميع المعاوضات ، أتجه حينئذ جريانه في الصلح ، و قد تقدم تحقيق ذلك في كتاب البيع لأنه على كل حال لو أئلف على رجل ثوباً قيمته درهم مثلاً فصالحه عنه على درهمين أو أقل من الدرهم صح ، على الاشبه بأصول المذهب وقواعده والأ شهر بل في الدروس المشهور لان الصلح وقع عن الثوب أو عن قيمته الكلية التي لا تختص بالدرهم لاعن الدرهم الذي لم يثبت في الذمة .

لكن في المسالك في شرح هذه العبارة تبعاً لجامع المقاصد بل والدروس هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ، ليكون الثابت في الذمة ثوباً ، ويكون هو متعلق الصلح ، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف إنما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين ، الربا فيبطل ، وهو الأقوى ، بل في الدروس ، أنه لذلك أبطله في الخلاف والمبسوط .

وفيه : أن المعلوم من مذهب المصنف ، ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو مذهب نادر ، وليس ما في كلام المصنف والفاضل بل المشهور كما سمعت مبنياً على ذلك بل هو إجمالاً أن الثابت في القيمي في النعمة نفسه كما هو مقتضى قوله عليه السلام ^(١) « على اليد ما أخذت » بل وقوله ^(٢) « من ألتف » إلى آخره ، وإن كان الواجب دفع القيمة عنه عوضاً سريعاً ، لعدم إمكان أداء نفسه ، وعدم معرفة مثل له ، حتى يكون أقرب من القيمة ، فالصلح حينئذ إذا وقع يقع عنه لا عن قيمته ، وليس هذا قولاً يكون القيمي يضمن بمثله الذي هو معنى وجوب تأديبه المثل التسامحي عرفاً ، أولاً أنه وإن قلنا بكون الثابت في النعمة قيمته إلا أنها غير متعينة في خصوص الدراهم ، وإن كان لو أدت منها كانت قيمته درهماً ومن الدينار كذا ومنهما كذا ، وهذا لا يقضى بكون الثابت في النعمة الدرهم بخصوصه ، كي يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا ، لكون الصلح فرع البيع ، أولاً أن الربايعة المعاوضات أجمع ، فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته حينئذ ، ولعل غرض المصنف والفاضل وغيرهما من تعرض لهذه المسألة التعريض بما سمعته من الخلاف والمبسوط .

نعم قد يقال بعدم الصحة على هذا الوجه لو فرض أن النقد الغالب من جنس ما صالح به بناء على كونه حينئذ هو الثابت ، بخلاف ما إذا تعدد الجنس واستويا بأن كان دراهم ودنانير والله العالم .

﴿ ولو ادعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر ﴾ عن إسقاط دعواه
﴿ على سكنى سنة ﴾ مثلاً ﴿ صح ﴾ بلا خلاف ولا اشكال عندنا ﴿ ولم يكن لأحدهما الرجوع ﴾ عن ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة ﴿ وكذا لو أقر له ﴾ المدعي ﴿ بالدار ثم صالح ﴾ المنكر المدعي المقر على سكنى سنة ، أو أن المراد أقر من هي في يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنة .

(١) المستدرك ج - ٢ - ص ٥٠٤ وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ .

(٢) قاعدة متصلة من بعض الأخبار راجع للاطلاع على ملوكها الجزء الثاني من القواعد

وعلى كل حال فهو صحيح ، بناءً على عدم اعتبار العوض في صحته ، بل ولازم بناءً على ما سمعت من كونه عقداً مستقلاً برأسه ، مندرج تحت ^(١) « أو فوا بالعقود » وغيره من أدلة اللزوم .

﴿و﴾ لكن ﴿ قيل ﴾ والقائل الشافعي من العامة والشيخ من الخاصة ﴿و﴾ له الرجوع ، لأنه هنا فرع العارية ﴿و﴾ اذ هو اباحة منفعة بلا عوض ﴿و﴾ قد عرفت سابقاً أن ﴿ الأول ﴾ أشبه ﴿ بأصول المذهب وقواعده ، وأن افادة عقد مفاد آخر لا تقتضي لحوق أحكامه ، على أن الصلح هنا يقتضي ملك المنفعة لا اباحتها ، ولقد أفصح عن ذلك كله في الدروس بقوله : « ولو ادعى داراً فأقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنة صح » ولا رجوع ان جعلناه أصلاً وجوزناه بغير عوض ، ولو أنكر فصالحه المدعى عليه على سكنى للمدعي سنة فهو أولى بعدم الرجوع ، لأنه عوض عن دعواه ، وكذا لو كان الساكن المنكر ، لأنه عوض عن جحوده هذا .

ولكن في المسالك « وانما قيد المصنف بآثار من هي في يده مع جواز الصلح مع الاقرار والانتكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ ، لأنه جعل اباحة منفعة بغير عوض . أما لو أقر له بها فإن الصلح ، وان جاز إلا أن المنفعة يقابلها عوض وهو العين ، فلا يتحقق العارية ، مع أن الشافعي لما شرط في صحة الصلح الإقرار ، وجعله فرعاً على العقود الخمسة ، مثل للعارية بما ذكر هنا ، مع كون المدعى عليه مقراً ، ووجهه أن العوضين من واحد ، فكان الحكم راجعاً الى العارية » .

ولا يخفى عليك ما فيه من وجوه النظر ، بل لا يكاد يتصور له وجه صحة ، حتى ما حكاه عن الشافعي فإن المنقول عنه في التذكرة مثلاً لذلك هو أن يكون في يده دار فيقر له بها ، فيصالحه على سكنائها شهراً ، فإنه - سواء أراد سكنى من في يده المقر بها للغير ، أو سكنى المدعي الذي فرض اقراره به لمن هي في يده - غير ما سمعته عنه عند التأمل والأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحال .

انما الكلام في صحة هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض ، وكذا الصلح

القائم مقام الهبة كما لو قال : صالحتك عن هذه الدار ، فيقول : الآخر قبلت نحو قوله في القائم مقام العارية : صالحتك عن متعة هذه الدار سنة مثلاً ، فيقول الآخر : قبلت ، فيصح صلحاً لازماً وهكذا ، فإن ما سمعته من الدروس صريح في التردد فيه ، بل صريح الفاضل في غير واحد من كتبه بأن من أركانه المصالح منه ، والمصالح به ، بل في موضع من التذكرة أنه معاوضة إجماعاً ، بل أرسله الكركي وغيره إرسال المسلمات ، فإن قيل : عليه ، إن الصلح اذا وقع موقع الإبراء - كما لو صالحه من الحق على بعض - فإنه صحيح ، لعموم شرعية الصلح ، وليس فيه عوضاً . قلنا : يكفي في المقايضة الجزئية والكلية بل ربما كان في قوله تعالى ^(١) « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض » اشعار به ، بناء على إرادة المعاوضة من التجارة ، وإن كان فيهما فيه ، كما أن في الإكفاء بالجزئية والكلية في تحقق المعاوضة ما لا يخفى . والالكت في غير الصلح من عقودها ، على أنه لا يتم في القائم مقام العارية كفاً في نحو المقام .

بل منه يعلم ما في دعوى كونه من عقود المعاوضة ، مضافاً إلى خلو نصوص المقام عن اعتبار ذلك فيه ، بل ربما ظهر منها خلافه ، كما لا يخفى على من لاحظها ، بل قد يدعى كون المستفاد منها أن كلما يتفقان عليه ويصطلحان عليه مما لم يكن فيه تحليل حرام ، أو بالعكس كان من الصلح الجائز ، وجرت عليه أحكام عقد الصلح من اللزوم وغيره ، وإن كان مقتضى ذلك عدم اختصاص ما يقوم الصلح مقامه بخمسة ، البيع والإجارة والهبة ، والعارية ، والإبراء . كما هو ظاهر جماعه ، بل صريح الكركي في حاشية الكتاب .

ضرورة كون المنتجه حينئذ قيام الصلح مقام المضاربة وغيرها ، وفائدته اللزوم وغيره من أحكام الصلح ، إلا أنني لم أصرحاً به كما أنني لم أرتجراً لهذه المسألة في كلامهم ، بل ولا أن المراد بالمعاوضة فيه الصورية لا الحقيقية ، بمعنى أنه عند تأليف عقده لا بد فيه من صورة مصالح عنه ومصالح به ، وعلى تقديره فليس في الأدلة ما يقوم بذلك ، والمنتجه ما عرفت من عدم اعتبارها فيه صورة وحقيقة إن لم يكن إجماع على

خلافه ، ولعل ما ذكره غير واحد من صحة الصلح عمافي الذمة بالأقص في غير الربوي بل وفيه حتى على القول بعمومه له ، باعتبار كون هذا الصلح ليس معاوضة ، بل هو في معنى الإبراء كما اعترف به في الدروس ، مستدلاً عليه بقول النبي ﷺ (١) لكعب بن مالك لما تخاصم مع آخر « اترك الشطر واتبعه ببيئته » وبأنه روي عن الصادق عليه السلام (٢) ما يشهد لذلك في الجملة ، بل الظاهر عدم الفرق بين أن يكون صورته صالحتك على ألف بخمسائة ، أو بهذه الخمسائة ، وإن ظهرت فيها صورة المعاوضة لكن الأقوى جوازها أيضاً ، لاشتراكهما في الغاية .

نعم الأقرب كما في الدروس الافتقار إلى قبول الغريم هنا وإن لم يشترط في الإبراء القبول ، لاجل اتمام عقد الصلح ، وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك أولوية الجواز فيما لو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا ، وإن كان بجنسه كما هو مقتضى إطلاق الاصحاب ، لما عرفت من عدم كونه معاوضة ، فلا يجري فيه الربا ، لكن في الدروس بعد اعترافه بإطلاق الأصحاب الجواز قال : « وهو إما لأن الصلح هنا ليس معاوضة ، أو لأن الربا يختص البيع ، أو لأن النقيصة في مقابل الحلول » وفي الثاني منهما أنه لا يتم لفتوى جماعة أو المشهور بعموم الربا ، بل والثالث بأن ذلك يقتضي جوازه في البيع ، ولا يقولون به ، فليس إلا الأول الذي هو قد أفتى به في الصلح عن الحال ببعضه ، فضلاً عن المؤجل .

وعلى كل حال فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيبه فردّه فلا قرب أن الأجل بحاله ، ولو ادعى على الميت ولائحة فصالح الوصي تبع المصلحة ، وما عن ابن الجنيد من إطلاق المنع في غير محله والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو ادعى اثنان ﴾ مثلاً ﴿ داراً في يد ثالث ﴾ مثلاً متفقين على التصريح بأن ملكهما لها ﴿ بسبب موجب للشركة ﴾ بينهما ﴿ كلميرات قصد المدعى عليه أحدهما ﴾ بمقدار حقه دون الآخر ، كان ذلك مشتركاً بينهما ، ولا يختص به المقر له ، لما عرفت من إتفاقهما على اتحاد السبب بالنسبة إليهما على وجه يتمتع

استحقاق أحدهما دون الآخر ، ضرورة عدم الفرق بين الكل والبعض في الشركة ، بعد فرض اتحاد السبب الذي لا فرق في اقتضائه الشركة بينهما ، فمع فرض إقرار المشتبث بأن نصف الدار ليس له ، كان حينئذ من مخلفات الميث باتفاقهما ، ولامعارض لهما فيه فيشتركان فيه ، وتخصيص ذي اليد له بأحدهما غير مجد بعد اتفاقهما فيما بينهما على مقتضى الشركة في المقر به ، وإنما نفع إقراره رفع يده عنه .

﴿ و ﴾ حينئذ فإذا ﴿ صالحه على ذلك النصف ﴾ الذي أقر له به ﴿ بعوض فإن كان باذن صاحبه ﴾ ولولا حقاً ﴿ صح الصلح في النصف أجمع ، وكان العوض ﴾ مشتركاً ﴿ بينهما ، وإن كان بغير إذنه صح في حقه وهو الربع ﴾ خاصة ﴿ وبطل في حصة الشريك وهو الربع الآخر ﴾ هناكه مع التصريح منهما بالسبب المقتضي للشريك . ﴿ أما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة ﴾ كما لو قال أحدهما : لي النصف بالإرث و الآخر بالشراء ﴿ لم يشتركا فيما يقر به لأحدهما ﴾ لعدم المقتضي لها بعد فرض أن سبب ملك كل منهما غير الآخر ، وإنما الاشتراك قد جاء من جهة الإشاعة .

نعم لو قال : اشتريناها معاً أو اتهبناها و قبضناها معاً ففي التذكرة « الأقرب أنه كالإرث ، لاشتراك السبب ، وهو أحد قولي الشافعية ، والثاني أنها لا يشتركان فيما أقر به ، لأن البيع بين اثنين بمنزلة الصفقتين ، فإن تعدد المشتري يقتضي تعدد العقد و كان بمنزلة ما لو ملكا بعقدين » .

هذا خلاصة ما يقال في توضيح ما ذكره المصنف وجماعة في القسمين . ولكن في المسالك « فيه بحث ، لأنه لا يتم الأعلى القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة ، كالأقراء وهم لا يقولون به ، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع والمصالح ، حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقاً ، انصرف إلى نصفه خاصة ، لا النصف المشاع بينه وبين شريكه ، بخلاف الإقرار ، فإنه إخبار عن ملك شيء فليستوى فيه ما هو ملكه وملك غيره ، وحينئذ فاللزام هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقر له خاصة فيصح في جميع الحصة بجميع العوض ويبقى المنازعة بين الآخر والمشتبث » .

هذا إذا وقع الصلح على النصف مطلقاً ، أو النصف الذي هو ملك للمقرّ له ، أما لو وقع على النصف الذي أقرّ به المتشبتّ توجه قول الجماعة ، لأن الإقرار بمنزّل على الاشاعة ، والصلح وقع على المقرّ به فيكون تابعاً له فيها ، وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم ثلاثين في ما ذكره من القاعدة التي ذكرناها ، وهذا توجه حسن لم ينهوا عليه . قلت : لا يخفى عليك ما فيه من أن ما ذكره من قاعدة الانصراف المزبور فيما إذا كان متعلق البيع بمقدار حق الشريك البايع لاقى نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبايع ، والفرض أن مورده النصف ، على أن عبارة المتن وغيرها كالصريحة في كون المراد النصف الذي قد أقرّ به له ، بل لم يقصد المشتري الا ذلك ، وإلا لانتج حينئذ دفع العوض جميعاً له ، وبقاء الربع من النصف المقرّ به للشريك ، ضرورة عدم انتقاله بالصلح المفروض مورده النصف المدعى به الذي لا وجه للصلح عنه الاعلى إرادة إسقاط الدعوى به ، ضرورة عدم ثبوت شيء له الا الربع الحاصل من النصف المقرّ به فاذا قرص تنزّل الصلح على المختص به ، ولو بدعواه الذي لا يلحقه شريكه فيه ، و هو الربع من النصف المقرّ به ، والربع من النصف في يد المتشبتّ يختص حينئذ بالعوض ، ويكون الشريك على ربه في النصف المقرّ به حينئذ ، وهو غير ما قصده المشتري قطعاً ، بل غير مفروض البحث .

اللهم الا أن يفرض أن المقرّ به بالنسبة الى المقرّ ليس هو الا النصف الذي لا يلحقه شريكه به فمع فرض كون المقصود بالصلح النصف الذي هو كذلك يتجه حينئذ اختصاصه بالعوض ، ويبقى النزاع بين الشريك والمتشبتّ فتأمل جيّداً والأمر في ذلك سهل .

إنما الكلام فيما ذكره في جامع المقاصد فإنه بعد أن قرّر ما في القواعد بنحو ما سمعته منّا في تقرير ما في المتن قال : « ولقائل أن يقول : لافرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة ، لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقرّ له وهو أمر كلي يمكن نقله عن مالكة إلى آخر ، ولهذا لو باع أحد الورثة حصته من الإرث صح ، ولم يتوقف على رضا الباقي ، فإن أجيب - بأن الإنكار لا يستحقاق

الآخر صير النصف كالتالف ، فيجب أن يكون منهما لامتناع تلف حصّة أحدهما دون الآخر - قلنا : فإذا تفاير السبب يجب أن يكون كذلك ، مع اعتراف المقر له بالشركة ، - إلى أن قال - : وبني شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب - ثم قال - : والذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح ، لأن الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة إلى الورثة والتالف لا يحسب عليهم ، وكأنه لم يكن ، وامتناع الوصول إليه كتلفه في هذا الحكم والظاهر أنه لاخلاف في ذلك أما بعد القبض واستقرار الملك لهم ، وانقطاع كل من الورثة عن حق الآخر فلا دليل على الحاق تعذر الوصول إلى حق بعضهم بالانكار مع عدم البيّنة ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم ، والأصل عدمه فينبغي التوقف فيه ، فليلاحظ الحكم المذكور في المبيع ، ولو كان المشترك ديناً فآقر لبعض وأنكر بعضاً ففي التركة قبل القبض لا بحث ، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما ، والتالف عليهما وعدمه .

وكانه أخذ ذلك مما حكاه في التذكرة عن أحد قولي الشافعية ، قال فيها بعد أن ذكر أصل المسألة بنحو ما قرّره : « هذا إذا لم يتعرض لقبض الدار ، أما لو قال : ورثناها وقبضنا ثم غصبها منا ، فالأقرب أنه كذلك أيضاً ، يشتركان فيما يقبضه المقر له منه ، لأن إيجاب الإرث الشيوع وهو لا يختلف ، وهو أحد قولي الشافعي ومحكي عن أبي حنيفة ، ومالك ، والقول الآخر له : إنه لا يشاركه ، لأن التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقه ، وانقطع عما في يد الآخر ، ولهذا يجوز أن يطرء الغصب على نصيب أحدهما خاصة ، بأن تزال يده ، فإن المنصوب لا يكون مشتركاً بينهما .

لكن في المسالك بعد أن حكى عن الشهيد والمحقق الثاني ما سمعت من انصراف الصلح إلى حصّة المقر له من غير مشاركة الآخر مطلقاً ، وعن الأخير منهما الفرق بين الصلح قبل قبض التركة وبعده قال : « وهذا الفرق انما يتم فيما لو قبض أحد الوارثين شيئاً من أعيان التركة أو باعه ، أما الصلح فيبني على مال الوالصح أحد الشريكين في

الدين على حقه فيه هل يختص بالعوض أم لا ؟ و الظاهر الاختصاص ، لأن الذاهب لا يخرج عن كونه حقه ، والصلح لم يقع على عين خاصة ، حتى يشتر كافي عوضها ، و إنما وقع على حقه ، وهو ممكن نقله بعوض فالبحث السابق مثله آت في مسألة الإرث قبل القبض وبعده .

و مما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صولح على بعضه ، لو كان ديناً فإن قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض أحد الشريكين في الدين حصته بالصلح ، و قد تقدم الكلام فيه في باب القرض ، ويأتي فيه في كتاب الشركة مزيد بحث .

والتحقيق أن يقال : ان محل كلام الاصحاب في المدعين المتفقين على اتحاد جهة ملكهما ، و أنه ليس لأحدهما احتمال اختصاص عن الآخر بوجه ، و حينئذ فإقرار المتثبت بالنصف لأحدهما لم يفد في حق المقر له فائدة تخصه ، بعد سبق إقراره لشريكه ، و إنما أقصاه صيرورة هذا النصف لا يداً لأحدهما عليه ، فيبقى على الإرث بينهما بمقتضى إقرارهما ، فهو حينئذ كما لو قال من في يده الدار: ان نصفها ليس لي ، ولا ريب في اشتراكهما فيه ، ولحوق النقص لكل منهما بسبب النصف الآخر الذي يد المتثبت عليه .

وأمّا على فرض احتمال اختصاص أحدهما بالمقر به ، دون الآخر الذي يحتمل في حقه أنه قد باع حقه من المتثبت ، أو وهبه إياه ، أو نحو ذلك لم يشارك المقر له ، بل وكذا لو ادعى كل منهما في نفسه ، فحلف أحدهما اليمين المردودة دون الآخر .

و حينئذ فما وقع من أول الشهيدين - و تبعه الكركي من احتمال اختصاص المقر له بعوض النصف الذي قد صالح عنه المقر له ، قياساً على بيع الشريك حصته المشاعة التي لا يتصور الاشتراك فيها - في غير محله ، ضرورة صراحة كلامهم في فرض المسألة في الصلح عن النصف المتفقين على اتحاد جهة اشتراكهما فيه ، وعدم احتمال اختصاص أحدهما به ، فلا يتصور اختصاصه بعوض النصف المعلوم عدم كونه له ، وأن نصفه ربح منه بيد المتثبت على نحو شريكه ولو فرض وقوع الصلح على وجه ينطبق على نصفه المستحق له في الواقع الذي لا يشاركه فيه الشريك كان كذلك ، لكنه يكون خروجاً عن موضوع مسألة الأصحاب التي فرقوا فيها بين اتفاقهما على سبب الاشتراك

و بين اختلافهما فيه ، وسكوتهما عن ذلك ، فحكموا بالاختصاص في الآخرين ، دون الأول .

و منه يظهر الوجه في عدم الفرق في المسألة بين قبض الوارث وعده ، و بين كون السبب الإرث وغيره ، فما وقع من الكركي أخيراً أيضاً - من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعية - في غير محله فتأمل جيداً ليستبين لك الحال في أطراف المسألة التي منها معلومية القاعدة في أن المال المشترك ما يذهب منه عليهما ، وما يبقى لهما .

ومنها أن الحصة المشاعة التي هي للشريك لاشركة لأحد فيها ، فإذا أراد الصلح عنهما مثلاً لم يلحقه الشريك بعوضها .

ومنها أنهم قد ذكروا في أنه لو أقر بأن نصف الدار لزيد ، والآخر لي ولشريكي وأنكر الشريك كان النصف الباقي بأيديهما بينهما على حسب نسبة الربع إلى النصف وما أنكر عليهما ، وإن كان المختص بالإنكار المقر له ، بخلاف ما ذكره فيما لو أقر أحد الاخيرين بثالث ، فأنكره الثالث ، فإنه يختص النقصان بالمقر له . وأما المقر فيأخذ نصيبه تماماً .

ولعل السبب في ذلك استناد الأول إلى اليد ، ونحوها التي تمضي على الشريكين بخلاف الآخر الذي تختص الخصومة فيه بين المقر له ، وبين المنكر ، كما أوضحناه في غير المقام .

وأما العدة في الأخير النص والاجماع ، بل قديقال : إن ذلك مقتضى تنزيل الإقرار على ما في يده ، ويدشريكه ، وإن كان لا ينفذ في حق الشريك ، لكونه إقراراً في حق الغير ، وينفذ في نصيبه قبل الإقرار ، فيدفع حينئذ الزائد عليه بعد الإقرار ، بل لعل ذلك هو المتبجح أيضاً في المثال الاول ، فيكون النصف حينئذ بينهما ، لكل منهما ربع ، لاثلثان وثالث .

ودعوى اقتضاء قاعدة الشركة ذلك ، أي ما يبقى لهما على حسب النسبة ، وما يتلف عليهما ، يمكن منعها في الإنكار ، ضرورة عدم كونه تلقاً حقيقة ، ولادليل على جريان

حكمه عليه ، فتأمل جيداً والله العالم بحقايق الاحكام .

﴿ ولو ادعى عليه ﴾ بشيء مثلاً ﴿ فأنكر ﴾ أو أقرّ أو لم تمكن دعوى أصلاً ﴿ فصالحه المدعى عليه ﴾ مثلاً ادعى به ﴿ على سقى زرعه أو شجره بمائه ﴾ أي ما يسقى به زرعه أو شجره من ماء المدعى عليه ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿ لا يجوز لأن العوض هو الماء وهو مجهول ﴾ فلا يصح الصلح بناء على فرعيته على البيع ﴿ وفيه وجه آخر ﴾ بالجواز ﴿ مأخذه جواز بيع ماء الشرب ﴾ أي النهر بتقدير المدة بعد المشاهدة بل قد عرفت فيما تقدم المنع من فرعية الصلح للبيع أو لا ، وعدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانياً لكونها تؤل إلى العلم .

نعم قد يمتنع الصلح على المجهول الذي لا يؤل إلى العلم كالمبهم ومن الغريب منع الشيخ من ذلك ، مع أن المحكي عنه في الدروس جواز بيع ماء البئر والعين ، وبيع جزء مشاع منه ، وجعله عوضاً للصلح ، ومن هنا قال في المسالك : « يمكن أن يكون منعه من الصلح على السقى المذكور مطلقاً ، كما يدل عليه الإطلاق والماء فيه مجهول لا يدخل في أحد الأقسام ، لأنه لم يستحق جميع الماء ولا بعضاً منه معيناً وإنما استحق سقياً لا يعرف قدره ولا مده انتهائه ، ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة ، وهو لم يصرح بالمنع حينئذ ، ولو تعلق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصحة ، لأن جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح » .

قلت : قد يقال بالتسامح في الأول أيضاً إذا كان لتحقيق مسمى السقى قد دفرى العرف ، وإن اختلف أفراد اختلافه لا يقدح في مثل الصلح ، وحينئذ فلا يعتبر اشتراط المدة ولو الدوام في الصلح ، على أنه لا ترفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض أو العوض ، إذ ليس الغرض منه الاجارة ، بل نقل الأعيان المقدرة بمثل ذلك ، المندرج تحت عمومات الصلح كما عرفت فيما تقدم .

﴿ وأما لو صالحه ﴾ عماداً على به مثلاً ﴿ على إجراء الماء ﴾ من سطح المدعى ﴿ إلى سطحه أو ساحته ﴾ أي المدعى عليه ، أو على أجرائه في ساقيته المحفورة لمثلاً ﴿ صح ﴾ للعمومات ﴿ بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه ﴾ لاختلافه

صغراً وكبيراً باعتبار قلة الماء وكثرته ، لكن في المسالك « المراد بعلم الموضع الذي يجري الماء منه أن يقدّر مجراه طولاً وعرضاً لترتفع الجهالة عن المحلّ المصالح عليه ، ولا يعتبر تعيين العمق ، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض ، وفيه أن ما ذكره في الصلح عما ادّعى به على مجرى الماء ، لأعلى استحقاق اجرائه الذي هو المفروض في المتن ، ولذا قال في الدروس : « ولو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى الماء في أرضه ، قدّر المجرى طولاً وعرضاً ، لاعمقاً ، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض ، ولو جعله اجراء الماء في ساقية محفورة مشاهدة ، جاز إذا قدرت المدة ، قال الشيخ : يكون فرع الاجارة ، وفي المجرى ، فرع البيع ، قال الشيخ : ولو كانت الساقية : غير محفورة لم يجز الصلح على الاجراء ، لأنه من استيجار المعدوم ، ويشكل بإمكان تعيين مكان الاجراء طولاً وعرضاً ، واشتراط حفره على مالك الأرض ، أو على المجرى مأؤه .

نعم لو كانت الأرض موقوفة أو مستأجرة لم يجز ، ولو صالحه على المدعى به على اجراء الماء من سطحه على سطح المدعى عليه اشترط العلم بسطح المدعى ، وهو كالصريح فيما ذكرناه ، ومن ذلك يعلم ما في قوله أي المسالك أيضاً « قد أطلق المصنف وغيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته ، ليرتفع الفرر ، ولا بأس باعتباره ، لاختلاف الأغراض بقلته وكثرته ، ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محله وصغره ، فمعرفة تكون بمعرفة محله ، ضرورة أنك قد عرفت فرض مراد المصنف الذي ترتفع الجهالة عنه بالعلم بالموضع الذي يجري الماء منه ، فإنه كاف في رفع الفرر . نعم قد يناقش في أصل اعتبار ذلك لعمومات الصلح ، وقبوله من الجهالة والفرر ما لا يقبله غيره ، وعلى كل حال فإنما وقع السطح أو احتاجت الساقية إلى اصلاح ، وجب ذلك على المالك ، لتوقف الحق عليه ، وليس على المصالح الذي له حق الاجراء مساعدته ، والله العالم .

﴿ وإذا قال المدعى عليه صالحني عليه لم يكن إقراراً ، لانه قد يصح مع الإقرار ﴾ كما عرفت ، فيما تقدم ، خلافاً لبعض العامة ، فجعله إقراراً ، بناء على عدم صحته

إلامعه ، وهو كماترى ، ﴿ أمّا لو قال : بعني أو ملكني كان اقراراً ﴾ في عدم كونه ملكاً له ، لا استحالة طلب تحصيل الحاصل .

نعم هو ليس اقراراً بكونه ملكاً للمخاطب الذي طلب منه ذلك المحتمل وكالته أو ولايته أو غيرهما ، فيبقى حينئذ على أصالة عدم ملكه ، وحينئذ فلو أقر به حينئذ لغيره لم يكن رجوعاً مقتضياً للضمان . أللهم إلا أن يدعى دلالة العرف على كونه ملكاً له ، فيترتب عليه حينئذ الحكم المزبور ، ضرورة كونه المتبع في نحو ذلك ، ولولاه لأمكن المناقشة في أصل الاقرار بطلب البيع ، لاحتمال ارادته ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطاً ، فإنه يؤثر ملكاً له في الواقع وإن كان محكوماً بكونه له في ظاهر الشرع .

ولو صالح اجنبى المدعى عن المنكر صح عينا كان أوديناً . أذن أولاً . لأنه في معنى قضاء الدين ، لكن عن المبسوط انه يرجع عليه ان دفع المال بإذنه ، سواء صالح بإذنه أولاً ، والا فلا رجوع ، لأنه تبرع ، وقد يشكل الرجوع بما أداه ولو بإذنه مع كون الصلح بغير اذنه ، باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للاجنبى ، فلا عبرة بالأذن اذا كان قد صالح ليؤدى هو ، بل وكذا لو صالح مطلقاً .

نعم لو صالح ليؤدى المدعى عليه كان الصلح فضولياً ، ولو صالحه لنفسه لاعتن المنكر صح ، وانتقلت الخصومة اليه ، لكن في الدروس « ان تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ ، لعدم سلامة العوض » وفيه تأمل .

نعم لا فرق في صحة ما ذكرناه من الصلح بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أولاً على الأقوى ، ولو ادعى الأجنبى أنه وكيل المدعى عليه في الصلح ، فصالحه المدعى صح فإن انكر المدعى عليه وكالته حلف ، ولكن له اجازة العقد بعد حلقة وقبله والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ يلحق بذلك أحكام النزاع في الأملاك ﴾ لنوع من الاعتبار الذي هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع ، على أنه ربما يذكر الصلح في بعض أفرادها ، ولم يلحظ ذلك في الدروس فيجمله كتاباً مستقلاً سماه بكتاب تراحم

الحقوق ، والأمر في ذلك سهل .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿هي مسائل: الأولى﴾ لاخلاف ولا إشكال في أنه ﴿يجوز اخراج الرواشن والاجنحة﴾ ونحوهما ﴿الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لا تضر بالمارة﴾ ولم يعارض فيها مسلم ، للسيرة المستمرة في سائر الأعصار والأصاير من زمن النبي ﷺ الى يومنا هذا ، وقد وضع هو ﷺ ميزاباً لدارعته العباس ، بل هي كذلك من غير حاجة الى الإذن من حاكم ولا من غيره ، سواء قلنا بكون الهواء ملكاً للمسلمين أو باقياً على الإباحة الأصلية ، فما عن أحمد من اعتبار إذن الإمام في وضع الجناح ، في غير محله ، بل هو كذلك .

﴿ولو عارض فيها مسلم ، على الأصح﴾ لعدم ثبوت حق له في المعارضة ، لما عرفت من استمرار السيرة المعتقدة بالفتوى على فعل ذلك ، وعدم الالتفات الى المعارض خلافاً للمحكي عن الخلاف والمبسوط من أنه لكل مسلم منعه ، لأنه حق لجميع المسلمين ، ولأنه لو سقط شيء منه ضمن ، وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولأنه لا يملك القرار ، فلا يملك الهواء ، وفيه ما لا يخفى ، بعد ما عرفت ، فهو حينئذ بمنعه معاند لاحق له ، والضمان بعد تسليمه لا ينافي الجواز كما هو في صورة عدم المعارضة التي قد وافق فيها ، وجواز الفعل لا يتوقف على كونه مالكا كما هو واضح . نعم يعتبر فيه عدم الضرر على المارة ، بل في المسالك وغيرها أن المعتبر ما يليق بتلك الطريق عادة ، فإن كانت مما يمر عليها الفرسان ، اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح مائلاً عادة ، واعتبر في التذكرة مروره ناصباً رمحه ، لأنه قد تزدحم الفرسان ، فيحتاج الى نصب الرماح ، ونفاه في الدروس لندوره ، ولا مكان اجتماعهم مع امالته على وجه لا يبلغهم وهو أقوى ، وإن كانت مما يمر فيها الا بل اعتبر فيها مروره محملاً ومركوباً وعلى ظهره محمل أن أمكن مرور مثل ذلك عادة ، وهكذا يعتبر ما تجري العادة بمروره على تلك الطريق .

قلت : قد يقال : ان المعتبر عدم الضرر حتى في الصورة النادرة ، لأنه المتيقن من الجواز فيما هو حق المسلمين كافة ، واليه أوماً فيما سمعته من التذكرة ، فيعتبر

حينئذ في الطريق كونه على الوجه المزبور و ان لم يعتد ازدحام الفرسان والابل والكنايس ، الا أنه ربما اتفق ذلك ، خصوصاً بناء على أن الأصل المنع لتعلق حق المسلمين باحيائهم ، والمعلوم جوازهم السيرة ذلك لاغيره ، نعم لو قلنا : ان الأصل الجواز ، لكونه من مباح الأصل ، فيقتصر على المتيقن في المنع ، اتجه حينئذ ما ذكره ، الا أن الأول لا يخلو من قوة .

هذا كله في ضرر المارة أما ضرر غيرهم كالجار بالاشراف عليه ونحوه ففي المسالك وغيره لا عبرة به ، كما لو وضعه في ملكه واستلزم الاشراف عليه فإن المحرم التطلع عليه لا لالبناء المشرف عليه .

خلافاً للتذكرة حيث الحق الأول بتضرر المارة ، و فرق بينه وبين وضعه في ملكه ، بأن روشن في الطريق مشروط بعدم التضرر ، لأن الهواء ليس ملكه ، بخلاف الموضوع في ملكه ، لأن للانسان التصرف في ملكه كيف شاء ، وان استلزم الاشراف على الجار ، أو الظلمة عليه ، وانما يمنع من الاشراف لامن التعليق المفضية الى ذلك ، الى أن قال : ولست أعرف في هذه المسألة بالخصوص نصاً من الخاصة ولا من العامة ، و انما صرت الى ماقلت عن اجتهاد .

و رده بعضهم بأن المعتبر عدم الاضرار بأهل الطريق من حيث الاستطراق الموضوع له الطريق ، أما غير ذلك فلا دليل على المنع منه ، بل قد عرفت أنه لا عبرة بضرر غير المعتاد سلوكه فضلاً عن غير المارة ، فهو حينئذ كمن أحدث بناء في مباح استلزم الاشراف عليه ، وتقييد العلامة وغيره الضرر بالمارة دليل على ذلك ، وانما مهم هو الضرر في هذا الفرع خاصة .

قلت : يمكن أن يكون بناء العلامة ما ذكرناه من أن المسلمين باحيائهم الطريق صار هو وقراره وهوأء ملكاً لهم أجمع ، أو كالمملك فلا يجوز لأحد منهم التصرف فيه بغير اذنتهم ، أو اذن وليهم ، الا أن السيرة جرت على فعل ذلك ، والمتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره ، أما الخالي عن ضرر الاستطراق خاصة دون غيره فلا سيرة عليه ، فيبقى على أصل المنع ، اللهم الا أن يدعى كونها

كذلك أيضاً ، لكنه كما ترى ، أو يدعى أن الاصل بالعكس كما أشرنا اليه سابقا ، ولو لفقد نحو « الناس مسلطون على أموالهم » في المقام ، الباقي على اشتراك الناس فيه الذي يختص السابق به منهم مع عدم تضرر الآخر ، لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » . لكن في دعائم الاسلام ^(١) « وعنه صلوات الله وسلامه عليه أنه سئل عن الرجل يطيل بناءه فمنع جاره الشمس قال : ذلك له . وليس هذا من الضرر الذي يمنع منه ويرقع جداره ما أحب اذا لم يكن نظر منه اليهم » وفيها ^(٢) أيضاً « وعنه والله اعلم » أنه قال : ليس لأحد أن يفتح كوة في جداره ينظر منها الى شيء من داخل دار جاره فإن فتح للضيء في موضع يرى منه لم يمنع ذلك » .

وأما عمل السرداب في الطريق النافذ اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر المارة فقد صرح غير واحد بجوازه ، للسيرة أيضاً . نعم لا يجوز ذلك في المرفوع الا باذنهم . وان أحكم ، ومثله الساقية من الماء وان لم يكن لها رسم قديم ، لكن الفاضل منع من عملها في النافذ وان أحكم الأزج عليها ، أما لو عملها بغير أزج فإنه يمنع منها اجماعاً ، كما في الدروس ، ولكل أحد ازالته ولو تضرر الجار بالسرداب والساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها ، ولا يجوز احداث دكة فيه ونحوها على باب داره وغيرها لأهل الدرب وغيرهم .

نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها في الزائد على المقدر شرعاً عنه وفيه : أن الزائد بعد احياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبة الى ذلك ، ولعله لذا قال في الدروس : « اتسع الطريق أو ضاق ، لأن احياء الطريق غير جائز ، اذ هو مشترك بين مارة المسلمين ، فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك » بل فيها أيضاً « وكذا لا يجوز الغرس فيه ، وان كان هناك مندوحة ، لأن الزقاق قد يسطدم ليلاً وتزدحم فيها البهائم ، ولأنه مع تطاول الأزمنة ينقطع أثر الاستطراق في ذلك ، ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من ذلك ، كالروشن والسباط ، ويضعف بأنهما في الهواء ، بخلاف الدكة والشجرة » .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لو كانت ﴾ الروائن والاجنحة وما شاكلها مضرّة ، وجب ازالتهما ﴿ على الواضع الغاصب وعلى كل قادر على رفع المنكر ولو بالزام الغاصب الواضع بذلك اذ لا يجب على غيره الازالة ، لانه لا تزر وازرة وزر اخرى .

﴿ و ﴾ لو كان ضررها بأن ﴿ أعظم بها الطريق ﴾ على وجه ذهب الضياء منه أصلاً فإنه لا خلاف ولا اشكال حينئذ في أنه يجب ازالتهما ، بل في المسالك د الاجماع عليه ، بل وكذا انا ذهب على وجه يضر المارة ولو ضعيف البصر منهم ، ولو ليلا ، لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز ، فما عن الشيخ من اطلاق عدم تأثير الظلمة في المنع في غير محله ، ولعله الى ذلك أشار المصنف بقوله ﴿ قيل : لا يجب ازالتهما ﴾ اللهم الا أن يريد ما لا ضرر فيها على المارة ، فان وجود ظلمة ما بسببها من اللوازم .

﴿ و ﴾ قد عرفت السيرة مع ذلك على فعلها كما لا خلاف في أنه ﴿ يجوز فتح الابواب المستجبة فيها ﴾ أي الطرق النافذة سواء كانت لها باب أخرى البها أو الى طريق مرفوع أم لا ، لما عرفت من أن المسلمين في ذلك شرع سواء ، ولا يقدح في ذلك سيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح في بعض الصور ، لأن ذلك انما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق ، اذ ليس لأحد دخول داره الا باذنه ، فلا يتحقق نفوذ الطريق ، بل لو فرض تحققه لا بأس به أيضاً ، للاصل وغيره .

وفي دعائم الاسلام ^(١) وعنه عليه السلام أنه قال : من أراد أن يحول باب داره عن موضعه ، أو يفتح معها بابا غيره في شارع مسلوك نافذ فذلك له ، الا ان يقين أن في ذلك ضررا يقيناً ، فإن كان في رافعة غير نافذة لم يفتح فيها بابا ، ولم ينقله عن مكانه الا برضا أهل الرافعة ، هذا كله في الطرق النافذة .

﴿ أما الطرق المرفوعة ﴾ وهي التي لا تنتهي الى طريق آخر ولا مباح ، بل الى ملك الغير فهي ملك حقيقة لأربابها الذين لهم أبواب نافذة اليها ، دون من يلاصق داره ويكون حائطه اليها من غير نفوذ ، فلهم سدّها عن السكة والارتفاق بها

كغيرها من أملاكهم ، ولهم قسمتها فيما بينهم ، وادخال كل منهم حصته الى داره ، خلافاً لبعض الشافعية فمنع من سدها ، لأن أهل الشارع يقرعون اليها ، اذا عرض لهم سبب من زحمة وشبهها ، وضعفه واضح .

كما أنه ﴿ لا يجوز ﴾ لأحد من غير أربابها ﴿ أحداث ﴾ سابط ولا ﴿ باب فيها ولا جناح ولا غيره الا باذن أربابه ، سواء كان مضرراً أو لم يكن ، لأنه مختص بهم ﴾ وكذا ليس لبعضهم أيضاً ذلك الا باذن شركائه ، لكن على بحث في بعض أفراد التصرف ستسمع الحال فيه انشاء الله ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بل كآته اجماع .

خلافاً لأحد قولي الشافعية من أنه لا يجوز لغير أهل السكة ذلك مطلقاً ، وأما هم فيجوز لكل واحد منهم انتزاع الجناح والروشن وغيرهما اذا لم يضر بالمارة لأن لكل واحد منهم الارتفاق بقرارها ، فكذا هوأئها كالشوارع .

وفيه بعد حرمة القياس عندنا امكان الفرق بحصر أهل الطرق المرفوعة دون الشوارع ، فاعتبر اذن الأولين ، وعومل معاملة الدار ومحوها من الاملاك بالنسبة الى ذلك ، وان لم يتضرر بخلاف الشوارع التي لا حصر لأهلها ، وجرت السيرة على التصرف فيها بما لا ضرر فيه على استطراقهم ، فملكهم لها حينئذ على هذا الوجه ، ولو لهذه السيرة ومحوها .

فما عن المقدس الأردبيلي من التأمل في ملك الطرق المرفوعة لأهلها في غير محله ، لا لما في الحقائق « من أن التصرف دليل الملك ولكن في الشوارع لما لم يكن المتصرف متعيناً لم يترتب عليه الملك ، بخلاف المرفوعة ، اذ هو كما ترى ، بل لما عرفت من أن الطريق المرفوع ان كان بعض ملكهم أخرجه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلاشكل ، بل هو خارج عن محل البحث ، وان كان من المباحات فقد احيوه وحازوه على هذا الوجه الخاص بهم ، ضرورة كون احياء كل شيء بحسب حاله ، وهذا وان اقتضى كون الشارع ملكاً للمسلمين ، باعتبار أن هذه الحيازة - التي ليست من معين بل النعين سلكه أيضاً على جهة العموم - تقتضى ذلك أيضاً ، الا أنه

للسيرة المستمرة في العمل في الأعصار والأعصار جعل ذلك على الوجه المزبور ، من غير رجوع الى اذن حاكم الشرع ، بل ليس له ولا لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم ضرر المارة ، أو يقال: بعدم تحقق الحيابة التي هي الاختصاص عن الغير باستيلاء ونحوه ، فلا يتحقق حينئذ الملك في النافذ دون المرفوع ولذا قالوا انه ملك لأربابه بخلاف النافذ ولعل ذلك هو المراد مما سمعته من الحقائق ، لكن قد يمنع اعتبار الحيابة بالمعنى المزبور في الملك ، فيكفي فيه الاستيلاء وكذا الكلام في باقي المرافق العامة والخاصة .

نعم قد يقال : باقتضاء السيرة والطريقة جواز الدخول فيها ، والجلوس مع فرض عدم ضرر أهلها ، وعدم اعتبار المساواة في استطراق أربابها قلّة وكثرة منه ، أو من أتباعه والمتريدين اليه ، بل قد يقال بحصول الاذن شرعاً وان كان فيهم موالي عليه من طفل أو غيره ، بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم .
لكن في الدروس « يجوز للاجنبي دخول السكة المرفوعة بغير اذن أهلها عملاً بشاهد الحال ، والجلوس غير المضربهم ، ولو نهأ أحدهم حرم ذلك » .

وفي المسالك « و مما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير إذن أهلها المرور فيها والوجه فيه ما تقدم من الملك ، والأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال ، فلو منع أحدهم حرم ، أما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا ، الامع انن الجميع ، لاصالة حرمة مال الغير بغير اذنه ، وانتفاء شاهد الحال فيه غالباً ، نعم لو كان الجلوس خفيفاً غير مضر تناوله بشاهد الحال ، وكذا الفاضل في التذكرة ، ويمكن أن يريدوا بشاهد الحال تلك الاذن الشرعية ، وظاهرهم الحرمة بمنع أحد منهم ، وان أنن له من أراد دخوله اليه ، بل وان كان أضيافه وأتباعه ، بل مقتضى ذلك أن لبعضهم منع الآخر أيضاً الى غير ذلك من الاحكام المترتبة على الشركة الحقيقية المعلومه بالسيرة خلافاً ، والله العالم .

﴿وكذا﴾ لا يجوز لغير أهلها بل وأهلها أية الكن على التفصيل الآتي ﴿ولو أراد فتح باب لا يستطرق فيه﴾ بخلاف أجده فيه ﴿دفعاً للشبهة﴾ الحاصلة منه على ممر

الازمان ، فانه اماره على استحقاق الاستطراق ، و بذلك فرق بينه وبين رفع الجدار الجائر له قطعاً الذي لاماره فيه . لكن قد يقال : ان ذلك كذلك ، الا أنه لا دليل على جواز منعه بذلك ، لا يمكن التحرز عن ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدة لمثل ذلك ، و ليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف في الملك يجب تركه .

﴿ و ﴾ من هنا لاخلاف في أنه ﴿ يجوز فتح الروازن والشبايك ﴾ اليها ، بل الى دار الجار للاستغناء بها أو لغيره مما لا يحرم عليه مع عدم الإذن ، بل مع النهي ، لعموم ^(١) « تسلط الناس على أموالها » نعم للجار ، وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه و ان منع الضوء .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ مع اذنهم ﴾ في كل ما عرفت منعه فلا اشكال في الجواز و ﴿ لا اعتراض لغيرهم ﴾ الخارج عنهم ، فانه لاحق له ، ولكن الظاهر كون ذلك كالعارية يجوز لكل الرجوع عن ذلك ، بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون والإغناء ونحوهما .

نعم في التذكرة : له الارش للسببية في اتلاف المال على اشكال ، ولعله لا يمكن منح التسبب بعد فرض كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها ، ألهم الا أن يقال : انه لم يعلم جواز الرجوع بها مجتأناً ، لقاعدة الضرر .

﴿ ولو صالح ﴾ من له حق من ﴿ هم على احداث روشن ﴾ مثلاً ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ ﴿ لا يجوز لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع ﴾ والصلح فرعه ﴿ وفيه تردد ﴾ بل منع اذا المقدمتان ممنوعتان ، للعمومات خصوصاً عمومات الصلح المقتضية جوازه ، و ان قلنا بعدم افراده في البيع .

لكن في الدروس : « أما لو صالحوا على ذلك بعوض فانه لازم مع تعيين المدة وان كان بغير عوض بني على أصالة الصلح أو فرعيته للعارية » وفي التذكرة « لو صالح واضح روشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب و أصحاب السكة على وضعه جاز على الاظهر عندنا ، لكن الأولى اشتراط زمان معين » وفيه : منع اعتبار المدة في

الصلح عنه المراد به نقله نفسه اليه، نعم لا اشكال في اعتبارها لو اريد منه القائم مقام الاجارة مثلاً، ولو فرض الاذن منهم على انشاء التملك لمعجانا أو بمومن ملكه ولكل حكمه ضرورة كون الفضاء ملكاً كسائر الأملاك فيجوز عليه جميع أحكامها. والله العالم.

﴿ولو كان للإنسان داران﴾ مثلاً ﴿باب كل واحدة﴾ منهما ﴿الى زقاق غير نافذ، جاز أن يفتح بينهما باباً﴾ فضلاً عن النافذين، بل يجوز فتح باب ذات الشارع الى ذات السكة، فضلاً عن العكس، كل ذلك للأصل وقاعدة التسلط وألويته من رفع الجدار الحائل بينهما وجعلهما واحدة الجائر له إجماعاً في جامع المقاصد وقولاً واحداً في التذكرة.

فما عن بعض العامة - من عدم الجواز لأنه يثبت له حق الاستطراق في درب مملوك لدار لاحق لها فيه، ولأنه ربما أدى الى اثبات الشفعة لو بيعت بعض دورا حدى الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الاخرى على تقدير القول بثبوتها بذلك ومع الكثرة - فيه : أن فتح الباب لا يوجب حقاً للدار في الطريق الاخر، وإنما أباح الانتقال من داره الى داره الاخرى، ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعاً للكون الثاني والدار التي هوفها لالأولى، وحينئذ فكل دار على ما كانت عليه من استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق، ولا يتعدى الى الأخرى، وإن جاز الاستطراق.

لكن قد يقال : إن الفتح المزبور وإن لم يفد الحق المذكور، إلا أنه يورث شبهة في الاستحقاق نحو الباب المفتوح لغير الاستطراق الذي قد سمعت تصريحهم بالمنع منه، اللهم إلا أن يمنع دلالتها على ذلك، بخلاف فتح الباب في الطريق، وعلى كل حال فما في الدروس عن ظاهر الشيخ من اشتراك أهل الزقاقين في الدرب من الجانبين، فتبطل حينئذ شفعة كل منهما بالكثرة، أو تثبت بناء على ثبوتها معها لوجه له، مع فرض كون المراد من أهل الزقاقين - أي ذيهما - ما يشمل من فتح باباً لداريه المتلاصقين اللتين لكل منهما زقاق، لماعرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلك.

نعم لو كانت دار واحدة لها طريقان للزقاقين ، اتجه حينئذ ماذكره ، وثبتت الشفعة له ولهم - مع فرض تحققها مع الكثرة والشركة في الطريق ، فقد يكون لكل من أهل الزقاقين الشفعة في الدار ذاتها اذا بيعت مع الطريقين . ولعله الى ذلك أشار في القواعد بقوله «ولذي الدارين المتلاصقين ، في دربين مرفوعين فتح باب بينهما ، و في استحقاق الشفعة حينئذ نظر ، و ان أكثر في جامع المقاصد في الاحتمالات فيها ، والله العالم .

﴿ ولو أحدث ﴾ الاجنبي أو بعض أهلها ﴿ في الطريق المرفوع حدثاً ﴾ على غير الوجه الشرعي ﴿ جاز ازالته لكل من له عليه استطراق ﴾ من غير فرق بين المضّر وغيره ، وبين كونه في الهواء كالروشن أو في الأرض كالدكة ، ولابن وقوعه باذن بعضهم وعدمه ، بل لو بقي واحد بغير اذن كان له الازالة ، بل ولائذ ذلك أيضاً ، لقاعدة التسلط . و اذن بعض الشركاء لا يجدي في المال المشترك .

﴿ ولو كان في زقاق بابان ﴾ مثلاً ﴿ أحدهما أدخل من الآخر ، فصاحب الأوّل يشارك الآخر في مجازه ، وينفرد الآخر بما بين البابين ﴾ على المشهور بين الأصحاب كما في المسالك ، لأن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك الداخل ، بخلافه ، وقيل : يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها : أي أسفلها ، لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الاتقال ، ولأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد ، بل متعسر والمتعارف الاحتياج الى مزيد من ذلك ، ولظهور اتحاد جميع أهل الدريّة في اليد عليها أجمع حتى الفضلة التي تكون فيها ، فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب غير جيد .

﴿ و ﴾ لعله لذا قوّى في الدروس الاشتراك في الجميع ، كما استسمعه إنشاء الله عليه يتضح الوجه في الحكم باشتراك الفضلة بينهما ﴿ لو كان في الزقاق فاضل الى صدرها ﴾ أي أسفلها ﴿ وتداعياه ﴾ أولم يتداعياه ﴿ فهما ﴾ إذن ﴿ فيه سواء ﴾ لما عرفت من كونه جزء من الطريق الذي يدهم جميعاً عليه بالاستطراق ، وغير ممن

وجوه الارتفاق على وجه لا أولوية لأحد منهما على الآخر .

واحتمياج الداخل الى استطراق ما بين البابين للدخول الى داره لا يقتضي اختصاصه بذلك ، بعد ما عرفت من مشاركة غيره في الارتفاق به ، و ان لم يحتج اليه في الاستطراق الى داره .

وحينئذ فلا وجه لاشكال ذلك - بتوقف الانتفاع بالفضلة على استحقاق السلوك اليها ، فاننا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل - ، ولا الى دفعه بأن ثبوت ملك شيء لا يتوقف على مسلك له ، و مع ذلك فيمكن دخول الخارج اليها ، بشاهد الحال ، كسلوك غيره ممن لاحق له في تلك الطريق ، فمع فرض اشتراكهم في اليد عليها حكم باشتراكها فيما بينهم ، ولا يرد مثله في المسلك بين البابين - حيث لا يجوز للخارج دخوله بذلك ، لأن الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذي لا يتم الانتفاع بداره الا به ، بخلاف الفضلة فان يدوم فيها سواء ، اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك - اذ هو كما ترى ، بعد ما عرفت من أن يد الداخل على ما بين البابين لا تنافي يد غيره أيضاً عليه بالسلوك فيه للفضلة أو لغيرها من مقامات الارتفاق .

فالتحقيق حينئذ بناء ذلك على اشتراك الجميع في الجميع الذي قواه في الدروس ، وبؤيده ظهور اتحاد كيفية احياء الطريق المرفوع والطريق العام ، فكما أن اتخاذ حيلة من المسلمين طريقاً على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة ، حتى لمن لم يستطرقه منهم ، لأنه وقع ممن وقع بعنوان الجميع ، كذلك الطريق الخاص الذي اتخذ طريقاً الى دورهم على جهة الاشتراك بينهم في سائر وجوه الارتفاق التي منها الاستطراق الى الدار ، فكل منهم قد اتخذ لجميعهم على هذا الوجه ، ولذا كان بينهم أجمع على الشركة .

﴿ و ﴾ من ذلك يعلم النظر فيما ذكره المصنف وغيره من متأخري الأصحاب من أنه ﴿ يجوز للدخل أن يقدم بابه ﴾ الى الخارج ﴿ وكذا الخارج ﴾ يجوز أن يقدم بابه ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا يجوز ﴾ أي ا ﴿ لخارج أن يدخل بابه ﴾ الى

سفل ﴿وكذا الداخل﴾ بالنسبة إلى الأَدْخَل الذي هو خارج في القياس إليه ، فإن لك كله مبني على اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه ، و مشاركته فيما عرج ، فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى ابيه ، فكل ما خرج عنه له فيه حق .

وله حق التصرف في جداره برفعه أجمع ، فبعضه أولى ، بل مقتضى اطلاق لمتن وغيره عدم الفرق بين سد الباب الأول وعدمه ، بل و صرح به بعضهم ، وان وقف فيه آخر ، باعتبار اقتضاء ذلك تمدد حق الاستطراق الى الدار ، لكنه في غير محله ، بخلاف الخارج ، فإنه لاحق له في الاستطراق الى أزيد من بابه ، فليس حينئذ ن يدخلها ، وان كان ربما أشكل ذلك بأنه قد كان له في السابق فتح بابه من أي جهة شاء من جداره ، بل له رفع الجدار أجمع ، فلا وجه لعدم جواز ادخال بابه ، لكن قد يدفع أنه وان كان له ذلك قبل ذلك الا أنه تشخص حقه بالباب التي استطرقها ، فله حينئذ لاستطراق من أي جهة شاء من جداره ، منتهياً الى تلك الباب دون الأَدْخَل منها ، رفع الجدار كله لا يقتضي ثبوت حق الاستطراق له من أي جهة منه بل بناء على انتهاء اختصاصه الى بابه ، يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضاً .

نعم ذلك كله مبني على الاختصاص والاشتراك المزبورين ، أما بناء على ما ذكرناه من اشتراك الجميع في الجميع فالمتجه حينئذ تساوي الإخراج والإدخال من كل منهم في الجواز وعدمه ، لتساوي الجميع في الاستحقاق .

وقد يقوى الجواز بالنسبة الى الاستطراق الذي بناء الشركة على عدم معارضة أحدهم الآخر فيه ، فيختار في فتح بابه من أي جهة شاء من جداره ، خارجاً عن بابه الأول أو داخلاً ، بل مع سد الأولى وعدمه ، لأن له حق الاستطراق متحداً أو متعدداً من أي جهة شاء .

نعم ليس لأحدهم اخراج روشن أو جناح أو سابط بدون إذن جميعهم ، لخروجه عن الاستطراق الذي وضع الاشتراك فيه ، على ما عرفت ، نعم لو قلنا باختصاص الداخل بما بين البابين ، اتجه حينئذ عدم اعتبار اذنه في الجناح والروشن والسابط ونحوها

لعدم الحق له حينئذ ، وإنما يتوقف على إذن غيره ممن هو أدخل باباً إن كان ، والا لم يحتج الى إذن أصلاً .

قال في الدروس : « ولو كان في أسفل الدرب فضلة فهم مستوون فيها لارتفاقهم بها ، وقال متأخرو الأصحاب إن ذا الباب الخارج إنما يشارك الى موضع بابه ، ثم لا مشاركة حتى إن الداخل يفرد بما بقي ، ويحتمل التشارك في الجميع كالفضلة لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الأحوال ، ووضع الانتقال ، فعلى الأول ليس للخارج حق في المنع من الروشن وشبهه فيما هو أدخل منه ، ويكفي إذن من له فيه حق ، وعلى الثاني لا بد من إذن الباقي ، وهو عندي قوى » وهو كما ذكرنا . وكذا ما فيها أيضاً درس في الجدار .

أما الخاص فلما لكانه التصرف فيه بما شاء من فتح كوة للإستضاءة ووضع الجنود وغير ذلك حتى رفعه من البين ، ويتخرج من هذا جواز ادخال الباب من غير إذن الجار في المرفوعة نعم ما ذكره سابقاً يخالفه في الجملة ، وإن كان قديشهد له في الجملة خبر الدعائم ^(١) .

قال : « وأما السكة المرفوعة أي المنسدة الأسفل ، فلا يجوز أحداث روشن ولا جناح فيها إلا بإذن جميع أهلها ، سواء كان في أسفلها أو أعلاها ، ولا فتح باباً أدخل من بابه ، سد بابه أولاً ، ويجوز له اخراج بابه وإن لم يسد الأولي على قول ، ولو أذن أهل الأسفل في ادخال الباب فهل لأهل الأعلى المنع ، فيه اشكال ، من عدم استطرادهم ، ومن الاحتياج اليه عند ازدحام الدواب والناس ، وهو أقوى » .

أدق عرفته أنه بناء على الاشتراك يتجه له الجواز في الباب ، بناء على ما سمعت من غم حق لأحدهم في المعارضة فيه ، لبناء مثل هذه الشركة على ذلك ، وإنما هو كذلك بالنسبة الى الروشن و الجناح وغيرهما ، أما الفضلة ، فيمكن أن تكون كذلك أيضاً ، فلكل منهم اخراج بابه منها من غير حاجة الى إذن الآخر ، بل مع منعه لكونها جزء من الطريق الذي قد عرفت اصل وضعه لذلك ، ويمكن عدم

الجواز الا باذن الجميع ، لعدم اعدادها للاستطراق و ان انتفعوا بها في غيره اما
الروشن و الجناح اليها فلا اشكال في الحاجة إلى اذن الجميع .
و بذلك كله بان أن اطلاق الأصحاب سابقاً — ان الطريق المرفوع ملك
لأربابه ، و أنه لا يجوز لأحد منهم أو من غيرهم اخراج روشن أو جناح أو سابط أو
فتح باب ولو للاستضاءة — غير مراد منه ظاهره على جهة العموم ، بل هو على الإهمال
وإلا لتافاه ما سمعته من كثير منهم ممن صرحوا بكيفية اشتراكه ، و بالفرق بين
الداخل والخارج بالنسبة إلى فتح الباب و غيره ، وان كان هو على مختارنا أليق منه
على غيره ، فما وقع لبعضهم من الإشكال في ذلك حتى ظن التدافع بين كلماتهم في غير
محلّه ، هذا .

﴿ و ﴾ قد بان لك أيضاً مما تقدم سابقاً أنه ﴿ لو أخرج بعض أهل الدرب
النافذ روشنًا ﴾ مثلاً غير مضرّ بالمارة ﴿ لم يكن لمقابله ﴾ ولا لغيره ﴿ معارضته ولو
استوعب عرض الدرب ﴾ ما لم يضع منه شيئاً على جداره ، للأصل والسير المستمرة على معاملته
معاملة المباح من غير اختصاص لأهل الدور في شيء منه ، من غير فرق بين ما قبله
منهم و عدمه .

بل صرح غير واحد منهم الفاضل ﴿ و ﴾ الشهيدان بأنه ﴿ لو سقط ذلك الروشن
فسبق جاره إلى عمل روشن لم يكن للأول منعه ، لأنهما فيه شرع ، كالسبق إلى القعود
في المسجد ﴾ فقام منه ولم يملك الأول الموضع بوضع الروشن فيه ، و انما اكتسب
أولوية سبقه إليه ، فإذا زال أثره زالت كالقعود في المسجد و السوق ، بل لو فرض
أن الثاني أخرب روشن الأول لم يكن له إزالة ما وضعه الثاني و ان كان قد ضمن
الأرض و اكتسب الإثم في الإزالة ، وكذا الكلام في المسجد و شبهه .

لكن قد يناقش أولاً : بصدق القصب و استصحاب بقاء حقّه ، بل قد يناقش
في نحو المقام بأنه قد ملكه بالحيازة بناء على كونه مباح الأصل على ما صرح به في
الدروس ، فيستمر حينئذ على ملكه ، و ان زال أثره ، وقد احتمل في الدروس الملك
في نحو المقام على بعد ، قال : « فرع » لو جعل المقابل روشنًا تحت روشن مقابله

أو فوقه فهل للسابق منعه؟ لم أقف فيه على كلام، وقضية الأصل عدم المنع، إلا أن يقال لمّا ملك الروشن ملك قراره و هواءه، و هو بعيد، لأنّه مأذون في الارتفاع، وليس ملزوماً للملك.

قلت: ينبغي بناء المسئلة على أن الطريق المحيى بالأستطراق يكون ملكاً لمن أحياء هو مع هواء، فأرض الطريق حينئذٍ وما تحتها هو أها ملك للمسلمين، إلا أنه جرت السيرة والطريقة على قصر فهم فيه بما لا ضرر فيه على مارتهم، وحينئذٍ فلا يملك ذو الروشن مثلاً شيئاً من هواء، بل هو على ملك المسلمين، وإنما له حق اختصاص، فإذا زال أثره زال حقه، أو أن المسلمين إنما لهم منه حق الاستطراق، فالفضاء والأسفل باقى على الإباحة الأصلية، يملكه من يحوزها، ويجرى عليه حينئذٍ حكم ذلك، لم أعثر على تحرير لهم في ذلك، والذي ذكرناه سابقاً الأول. وقلنا: إن حاله كحال الطريق الخاص في الكيفية، بل هو الموافق لقاعدة «من ملك أرضاً ملك هوأها وقرارها إلى غنان السماء وتخوم الأرض» ولا ريب في ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالأستطراق فيتبعها ذلك، وحينئذٍ فالمتجه أن للسابق حق اختصاص سبقه فمتى زال أثره زال حقه والله العالم.

المسألة الثانية: إذا التمس وضع جذوعه ﴿مثلاً﴾ على حائط جاره، لم يجب على الجار إجابته، ولو كان خشبة واحدة ﴿عندنا للأصل﴾، بل الأصول كما لا يجوز له الوضع بدونها، لقوله عليه السلام ^(١) «لا يحل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه»، ولقاعدة عدم التصرف في مال الغير بغير إذنه، فما عن أحمد، ومالك، بل والشافعي في القديم وإن كان مع شروط ثلاثة - عدم احتياج مالك الجدار إلى وضع الجذوع عليه وأن لا يزيد الجار في رفع الجدار، ولا يبنى عليه أزجالاً يضع عليه ما لا يحمله ويضربه وانحصار الحاجة في الرابع. لأنه مالك للجوانب الثلاث، أما إذا كان الكل للغير لم يضع الجذوع عليها قولاً واحداً من أن له الوضع بدونها بل يجبر مع الامتناع، لخبر

(١) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلى الحديث ١-٣.

أبى هريرة ^(١) عنه رضي الله عنه « لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره » واضح الفساد ضرورة وجوب طرح مثل هذا الخبر المعارض لأصول المذهب وقواعده .

﴿ لكن يستحب ﴾ اجابته ، لما ورد من الحث على قضاء الحوائج ، والتوصية بالجار ، بل يمكن الحكم بكرهية المنع ، للخبر المزبور ولغيره ، ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعا ﴾ بقسميه ، للأصل وغيره ، بل ظاهرهم ذلك ، وان استلزم ضررا عليه ، بفعل المقدمات من بناء وغيره .

﴿ وبعد الوضع ﴾ المستلزم نقضه للضرر ﴿ لا يجوز ﴾ الرجوع عند الشيخ ومن تبعه ﴿ لأن المراد به ﴾ للمستعير والمعير ﴿ التأيد ﴾ فهو حينئذ كالعارية للدفن وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي الى خراب ملك المأذون .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك فالقول بـ ﴿ الجواز حسن مع الضمان ﴾ بل هو خيرة الفاضل والكرمي ، وثاني الشهيدين ، لأنه عارية ، ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو مقتضى الاستصحاب وقاعدة تسلط الناس وغير ذلك . واللاحاق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم النيش ، وكذا العارية للرهن ، المقتضي لتعلق حق الغير به على وجه يقتضي اللزوم من طرف الراهن ، بخلاف ما هنا ، فإنه لحرمة على المالك في خراب ملكه ، الا أنه نسبة في الدروس الى القيل ، مشعراً بتمريضه ، واحتمل المنع من النقض ، بل كأنه مال اليه ، قال : « ولو أسعفه فوضع قيل : جازله الرجوع ، لأنه اعارة ، ويحتمل المنع من النقض ، للضرر الحاصل به ، فإنه يؤدي الى خراب ملك المستعير نعم يكون له الأجرة فيها بعد الرجوع » .

وفي المبسوط « لا رجوع حتى يخرب ، لأن البناء للتأيد وللضرر ، ولو قلنا بالرجوع ففي غرمه الارش وجهان ، من استناد التفريط الى المستعير ، ومن لحوق ضرره بفعل غيره » .

قلت : الأصل في هذه المسألة ما حكمه في التذكرة عن الشافعية ، ومحصله خمسة

وجوه :

أحدهما أن له الرجوع ويتخير بين البقاء بالأجرة والقلع بالأرض ، قال فيها : وهو أظهر قولها .

والثاني : أن له الرجوع والقلع بالأرض ، وأما البقاء بالأجرة فمتوقف على رضاها بذلك ، وهو خيرة ثاني الشهيدين والمحققين ، واستحسنه في المتن .

الثالث : أن له الرجوع ولا يجوز له النقص ، وإنما له الأجرة خاصة ، ومال إليه الشهيد في الدروس .

الرابع : أن له الرجوع والقلع مجانا .

الخامس : أن ليس له الرجوع ، بمعنى أنه لا يستفيد به جواز قلع ولا اجرة ، وهو الذي اختاره الشيخ ومن تبعه ، بل هو ظاهر المصنف .

ولايب في قوة الرابع بناء على أن له الرجوع ، ضرورة كون المنشأ في ذلك على تقدير القول به أن حكم هذه العارية حكم غيرها من العواري التي يعتبر في بقائها استدامة الإذن ، فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها ، فيبقى وضع بلا إذن ، والضرر اللاحق بالتلع إنما يجيء من خطاب الشارع له بتخليص ملك الغير ورفعها عنه ، وبذلك لا يعد كون المعير متلفا لامباشرة ولا تسببا كي يتجه ضمائه الأرض ، خصوصا بعد اقدام المستعير على الوضع بالإذن المفروض جواز الرجوع فيها ، فلا غرور منه ، بل وجوب الأرض إنما يتجه مع فرض ثبوت حق للمستعير في البقاء الذي قد فرض عدمه ، باعتبار ارتفاع استمرار الإذن الذي هو السبب فيه .

ومنه يعلم ما في القول بأن له الرجوع ، ولكن لا يجوز له النقص ، وإنما له الأجرة ، فإنه لا حق له بعد فرض انقطاع الإذن المفروض أن دوامها هو السبب في البقاء ، فلا حق له حينئذ فيه ، كي يجب على المستعير مراعاته ، وقاعدة الضرر قد عرفت ما فيها ، على أن الضرر الحاصل على الغير بسبب تفريغ الملك المخاطب به شرعا لدليل على الضمان به بل الأصل يقتضي عدمه ، والا لا يتجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل المقدمات من بناء ونحوه ، فلا محيص عن المجانية حينئذ مع فرض أن له الرجوع .

نعم قديتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار أن العارية المبنية على الدوام سببها ابتداء واستدامة إنما هو الإذن الأولي التي لا يتصور فيها رجوع بعد صدورها ، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالإذن فيما مضى من العارية . وهذا معنى قول الشيخ « لأن المراد الدوام والتأيد » ومحصله أن عارية الدوام عرفاً هكذا ، وقد شرعها الشارع بشرعه للعارية على هذا الوجه ، وهو معنا لا ينافي كون العارية من العقود الجائزة المعلوم إرادة ما كان استمرار الإذن فيها المقتضى للبقاء ، لا ما كان فيها علة الدوام والإبتداء واحدة ، وهي الإذن الأولي التي لا يتصور فيها رجوع .

وأعلّ من ذلك العارية للدفن ، لا لأن النيش محرم فإن حرمة النيش لا تنافي جواز الرجوع المقتضى لتعين الأجرة حينئذ ، وكذا إعاقة المكان للصلاة التي يحرم الإبطال على الداخل بها . كما أن من ذلك يتجه حينئذ عدم انقضاءها بالإغناء أو الجنون للمعير ، أو المستعير ، بل والموت وانتقال الدار إلى وارث ، أو مشتر آخر ونحو ذلك الذي لا يخفى ما في دعوى التزام الإفساخ بذلك كله ، وخصوصاً مع دعوى وجوب الأرض أو الأجرة حينئذ ، أو الإذن الجديدة من المعير ، فإن دعوى وجوب الأرض على المعير بانقضاء العارية بجنون المستعير مثلاً إن لم يأذن جديداً مما لا يلتزمها من له أدنى راحة في الفقه .

بل قديقال : إن قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك يقتضى لزوم العارية على المعير ، باعتبار أنه باذنه في ذلك يترتب الخطاب الشرعي ، وهو حرمة الإضرار وحرمة تضييع المال ونحو ذلك ، مثل العارية للرهن الذي تعلق به حق الغير ، واندرج تحت ما دلّ على لزوم الرهن الذي لا يعارضه جواز الرجوع بالعارية من حيث نفسها إلا إذا قارنها أمر آخر خارج عنها ، وكلا الإذن بالدخول في الصلاة الذي يترتب عليه حرمة الإبطال فتأمل جيداً فإنه تحقيق و تدقيق .

ثم إن الأرض على تقدير وجوبه فهل هو نقص آلات الوضع بالهدم ؟ أو تفاوت ما بين العامر والخراب ؟ وجهان : ينشأ من كونه بهيئته حقاً إيجابيه ، فجيرو . بتفاوت

ما بين كونه عامراً وخراباً ، لأن ذلك هو نقص المالية ، ومن أن نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار ، فلا يضمنه ، انما يضمن مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته .

ولكن لا يخفى عليك قوة الأول ، لأن جميعه مال للواضع ، غاية كونه موضوعاً على ملك الغير ، وذلك الملك انما أثر جواز النقص ، لا المشاركة في المالية ، بل قديقال : ان المتجه ضمانه أيضاً كل ضرر يحدث في ملك المالك ، بسبب النقص المزبور فتأمل والله العالم .

هذا كله في الرجوع قبل انتهاء أمده ، ﴿ أمالو ﴾ انتهى ف ﴿ انهم ، لم يعد الطرح الا باذن مستأنف ﴾ لا تقطاع حكم الاذن الأولي باققطاع زمان المأذون فيه الذي قد اقتضاه الاذن فيه ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه قول آخر ﴾ محكي عن الشيخ في المبسوط ، وهو أنه ان أعاده بالهيئة الأولى لم يكن له منعه ، من رد الخشب والسقف عليه ، وان أعاده بغيرها كان له منعه وفيه ما لا يخفى من اقتضاء مقتضى الاذن الأولى فليس له العود بدون الجديدة ، فضلاً عما لو منع .

ودعوى - أن الاذن الأولى قد اقتضت الدوام على الوجه المزبور ، بمعنى كونها في صنف الوضع وان تعددت أشخاصه - واضحة المنع ، بل مع فرض التصريح بها لا يثبت ذلك ، و ان قلنا بأن عارية الدوام لازمة ، لكن بمعنى أنها بالنسبة الى ذلك الشخص ، لا الصنف ، وكذا العارية للقرس والبناء ونحوهما .

نعم لو فرض انه داهم بهدم هادم لا بانه عاره ، أمكن تخريجه على مذهب الشيخ ، كما انه يمكن ان يكون كلامه في غير مانحن فيه ، من انه واضح الجدوع الذي لا يعلم كيفيته يحكم باستحقاقه ذلك ، حتى يعلم كونه عارية ، ضرورة ظهور تصرفه في استحقاقه ذلك ، فيتجه حينئذ وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض انه داهمه مقدمة لمصالح حق الوضع ، هذا .

ولكن في المسالك بعد ان ذكر خلاف الشيخ قال : « وكثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافاً ، ويمكن ان يكون سببه ان الشيخ ذكر أولاً في الكتاب انه لو

انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستأنف ، ولم يتردد في ذلك فأطرحوا قوله الآخر ، وهو قول لبعض الشافعية ، كما ان القول الآخر لهم ، فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب والله العالم .

﴿ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها﴾
او يشاهدها ، ولو لكون الصلح في اثناء الوضع للاختلاف في ذلك ، بل ذكر غير واحد انه لا بد مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة ، لكونه حينئذ هنا كالاجارة وفيه : منع اعتبارها ، لعموم الصلح ، فيصح حينئذ بقصد الدوام ، بل يمكن ان يريد من اعتبارها ما يشمل قيد الدوام ، خصوصا بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقي ، بل قد يقال : بعدم الحاجة الى معرفة طول الخشب ووزنه وعدده ، لما عرفت من عدم ثبوت مانعية ماعدى الإيهام من الجهالة فيه ، والمرجع حينئذ في ذلك الى ما يحتمله مثل الحائط المزبور كما ان ذلك هو المرجع في الاجر واللبن ، بل وكذا لو كان الصلح على بناء زيادة على حائطه ، فلا يقتصر الى ذكر الطول وسمك اللبن ، خلافا لبعضهم فأوجب ، لاختلاف الضرر باختلافهما ، وفيه أنه لا دليل على مانعية مثل ذلك هذا كله في الموضع على حائط مملوك .

أما لو كان موقوفا بحيث لا يكون له مالك مخصوص كالمسجد وشبهه ، لم يجز لأحد البناء عليه ، ولا الوضع بغير إذن الحاكم قطعاً ، وليس له الاذن بغير عوض قطعاً أيضاً ، أما معه وفرض المصلحة ففيه وجهان : أجودهما في المسالك العدم ، وقواء في الدروس ، لأنه تصرف في الوقف بغير ما وضع له ، ولأنه يشتر شبهة .

ولكن الانصاف عدم خلوا الأول عن قوة ، ولو كان الوقف خاصاً جاز للنظر أو الحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون ، فيمضى حينئذ عليهم ، وليس لأهل البطن الأول ذلك ، لما فيه من الضرر على البطون المتأخرة الذي لا يندفع بعدم اجازتهم فيما بعد كما هو واضح .

المسألة الثالثة لوتداعيا جدارا ﴿ بين ملكيهما ﴾ مطلقا ﴿ ليس لأحدهما

يد اختصاص عليه ﴿ ولاينة ﴾ حلف كل واحد منهما لصاحبه على ما تقتضيه يده من النصف ، فإن نكل أحدهما كان الجميع للآخر ان قلنا يقضى بالنكول ، والا حلف ، و صار الجميع له ، و ان نكل هو أيضا ففي التذكرة هو أي النصف لهما ، و في أحد وجهي الشافعي أنه يحلف كل واحد منهما على الجميع ، لأنه الذي ادعاه .

قال في التذكرة : « وعليه فإذا حلف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه أيضا فإذا حلف قسم الجدار بينهما ، لعدم الأولوية ، فإن نكل الآخر بعد حلف الأول على الجميع حكم للمخالف به من غير يمين أخرى ، ولو حلف الثاني على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع ، ففي الاعتداد بهذا اليمين وعدمه وجهان : و على الأول يكون النصف بينهما ، مع احتمال أنه للثاني خاصة وإن قال في جواب الحاكم قبل الحلف اني لا أحلف إلا على النصف كان في الحقيقة مدعيا للنصف فقول المصنف ﴿ فمن حلف عليه مع نكول صاحبه ، قضى له ﴾ ظاهر في موافقة الشافعي ، اللهم إلا أن يريد أنه مع النكول يحلف يميناً واحدة على الجميع ، قائمة مقام اليمين المردودة و يمين الإنكار . لكنه كما ترى أيضاً .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ ان حلفا أو نكلا قضى به بينهما ﴾ لعدم الترجيح وأس الجدار يتبع من يكون الجدار له ، اختصاصاً أو اشتراكاً فلو تنازعا فيهما حينئذ وأقام أحدهما بينة بالجدار فهو نريد في الأس و كذا الشجرة مع المغرس ، و ذلك لأن كون الجدار حاقلاً بين الملكين اشارة على اشتراك اليد ، ولادلالة على اشتراكهما في الأس والمغرس ، فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصت به .

﴿ و ﴾ كيف كان فهذا كله اذا لم يكن لأحدهما يد اختصاص أما ﴿ لو ﴾ فرضت بأن ﴿ كان متصلاً ببناء أحدهما ﴾ اتصال ترصيف بتداخل الأحجار واللين فيه ، وفي حائطه المختص به ، كما يظهر ذلك في الزوايا على وجه دال على أنه جدار واحد ، أو كان لأحدهما عليه قبة أو سترة على وجه يكونان من الجدار نفسه كما صرح به في التذكرة أو نحو ذلك دون الآخر ﴿ كان القول قوله يمينه ﴾ مع فقد البينة ، لصيرورته بذلك صاحب يد.

نعم لو اتصل بهما معا كذلك ، أو كان البناء لهما أو اختص أحدهما بصفة
والاخر بالآخرى فاليدلها ، حتى لو كان لاحدهما واحدة والباقي مع الآخر ،
ادلا أثر لزيادة اليد في الترجيح ، فيحلفان و يقسم بينهما ، كما يقسم لو تكلا الى
تمام ما عرفته سابقا ، ولو بنى الجدار على جذع داخل طرفه في بناء أحدهما ففي
التذكرة «كان بذلك صاحب يد» و نظرفيه في الدروس من أنه كالأس أو كالجزة قال :
« ولو اتفقا على ملكية الجذع لصاحب الجدار المولج فيه فاحتمال اختصاصه أقوى »
و ظاهره قوة الاختصاص في الأول ، ولعله كذلك ، ضرورة ظهور الفرق بينه وبين
الأس بكون الخشبة شيئا واحدا بخلاف الأس ، فإنه أجزاء متعددة باعتبار تعدد
آلاته والله العالم .

﴿ ولو كان لاحدهما عليه جذع أو جذوع ، قيل : ﴾ والقائل الشيخ ﴿ لا يقضى
بها ﴾ لجريان العادة بالتسامح للجار في ذلك ، بل قد سمعت أن مالكا وأحمد لا يجوزان
منعه ، للخبر المزبور ^(١) ولدلالة كونه بين ملكيهما على ثبوت اليدلها ، فوضع
الجذوع من أحدهما مزيد ارتفاع ، كاختصاص أحد الشريكين الساكنين بزيادة
الامتعة ، بل قد سمعت أن زيادة التصرف لا يقتضي الترجيح ، بعد الاشتراك بما يقتضي
كون اليدلها .

﴿ وقيل : يقضى ﴾ بها لذيها ﴿ مع اليمين وهو الاشبه ﴾ بأصول المذهب
وقواعده ، لأنه تصرف دال على الاختصاص بالملكية على وجه لا يعارضه التسامح المزبور
مالم يعلم ، ولمنع دلالة كونه بين ملكيهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف بوجه من
الوجوه السابقة كما في المسالك .

قال : « و حينئذ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع ، ويبقى الآخر ، خاليا ، و
يكون حكمه حكم ما ساف من المرتجات ، ولو جامعها اعتبر ما فصلناه » وفيه :
أنه لا اشكال في كونه يدا لهما ، كما اعترف به هو سابقا ، ولذا لو ادعاهما به أجنبي كان
القول قولهما بيمينهما .

نعم هي يد لا تعارض ما يدل عليه الوضع عادة من الاختصاص اذا كان الوضع على وجه ظاهر في كونه في أصل بناء الجدار فلا يـ اشتراك معه كغيره من المرجحات السابقة التي هي علامة على اختصاص الجدار في نفسه لامن حيث كونه تصرفاً ، وما قد مناه سابقاً من عدم الفرق بين الاتحاد والتعدد انما هو في يد الاختصاص ، لامثل هذه اليد التي يعتبر في الحكم بها لهما عدم ما يقتضى الاختصاص عادة ، ﴿ و ﴾ يمكن ارادته ذلك .

نعم ﴿ لا يرجح دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان ﴾ كالكتابة و التزيين ، والوجه الصحيح من اللبن لوبناء باصاف اللبن ، ﴿ ولا الروازن ﴾ والطين لا لامكان احداثه له من جهة من غير شعور صاحب الجدار - كما في المسالك ، بل و فيها « و مثلها الدّ واخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر » - اذ هو مناف لأصالة الصحة في تصرف المسلم ، بل لعدم دلالتها عادة على الاختصاص ، بحيث تقطع يد الاشتراك ، اذ الروزنة ونحوها انما تصنع غالباً لبيان الاستحقاق في الجدار لاستحقاقه ، وحينئذ لا فرق في ذلك بين احتمال حدوثها وعدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقف على وجود ما يرجح عليه مما يدل على الاختصاص ، ولو بامارة ظنية عرفية كالترصيف بين الجدارين الظاهر في أنه جدار واحد و كذا القبة والسترة الكائنتان في الجدار نفسه .

والحاصل أن اماراة الاختصاص تكون على وجهين ، أحدهما : في الجدار نفسه ، وثانيهما : في التصرف ولو كان طارياً ، اذا كان على وجه يقتضى الاختصاص بالتصرف ، وان كان التصرف حادثاً فتأمل .

﴿ ولو اختلفا في خص ﴾ بالضم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزاً بين الملكين ، ﴿ قضى لمن اليه ﴾ منهما ﴿ معاقدة القمط ﴾ بالضم أيضاً جمع قماط : وهي شداد الخص من ليف أو خوص أو غيرهما ﴿ عملاً بالرواية ﴾ وهي صحيحة منصور ابن حازم ^(١) المروية في الكافي والتهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن خص بين

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الصلح الحديث - ١ - .

دارين فذكر أن علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله القمط ، و رواها أيضا في الكافي بسند آخر صحيح أو حسن عنه إلا أنه قال : « عن حظيرة » وكذا الصدوق ، إلا أنه قال : « فزعم » عوض « فذكر » المعتضدة بخبر عمر بن شعمر ^(١) عن جابر عن أبي جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « أنه قضى في رجلين اختصما إليه في خص فقال : إن النخص للذي إليه القمط » وبالعامة ^(٢) « أن قوما اختصموا إلى رسول الله ﷺ في خص » ، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن إليه معاقدة القمط ، ثم رجع إلى النبي ﷺ فاخبره ، فقال : أصبت وأحسن ، وبقوى المعظم من الاصحاب بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا . فما عن قول للشافعي من الحكم بعكس ذلك في غير محله ، وكذا ما عن أبي حنيفة من عدم الترجيح بذلك ، بل وما عن المصنف في النافع من نحو ذلك قائلا أنها قضية في واقعة ، فلا يتعدى الحكم ، و حيثئذ فحكم النخص حكم الجدار بين الملكين سيما بعد قول الباقر عليه السلام في خبر عمر فتأمل .

نعم قد يقال : إنه لا يتعدى منها إلى سائر وجوه التراجيح ، بل يقتصر عليها في كل خص ، و أما غيرها فلا بد من الترجيح بالامارة العادية في رفع يد الاشتراك والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبة ﴾ ولا غير ذلك من التصرف ﴿ الاباذن شريكه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا ، و شرعا ، من غير فرق بين المضر وغيره ، بل في التذكرة « لا يجوز أخذ أقل ما يكون من ترابه لتتريب الكتاب » نعم استثنى له ولغيره الاستناد إليه ، واستناد المتاع و نحوه مع فرض عدم الضرر ، و كذا الجدار المختص عملا بشاهد الحال كما في الدروس ، ولا أنه بمنزلة الاستئذنة بسراج الغير . والاستقلال بجداره ، مع أنه صرح في المسالك تبعاً للتذكرة بحرمة ذلك أيضاً مع منع المالك و الشريك ، لأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه .

(١) الوسائل الباب ١٤ من كتاب الصلح الحديث ٢ .

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦٧ .

لكن في الدروس هل لصاحب الجدار منع المستنجد والمستظل إذا كان المجلس مباحاً؟ الأقرب عدم المنع مع عدم الضرر، ومنه يعلم حينئذ أن الجواز للإذن الشرعية، لا المالكية المدلول عليها بشاهد الحال، فلا فرق حينئذ بين ملكه لمولى عليه وغيره، للسيرة المستمرة، إلا أن الانصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع، لا مطلقاً، لأن الناس مسلطون على أموالهم و فرق واضح بين الاستناد ونحوه وبين الاستغلال ونحوه بالتصرف في مال الغير في الأول بخلاف الثاني.

أللهم إلا أن يقال إن في المنع عن ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الاملاك وفي الطريق النافذة وغيرها عسراً وحرماً على أن الانتفاع بالقضاء المملوك مثلاً لا يتم إلا بالمعاسة للجدار والامتناع عن بعضه مقدمة ليس بأولى من سقوط حرمة مثل ذلك مقدمة، جمعاً بين الحقين، ولقاعدة «لا ضرر ولا ضرار».

نعم إنما يقتضي ذلك جواز المعاسة لا الاستناد، ولعله يمكن الفرق بينهما إن لم يكن سيرة تقتضي بجوازه حتى مع المنع، هذا وفي المسالك و موضع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستنجد، وإلا لم يجز إجماعاً، وكان مراده ما سمعته من الدروس من اعتبار إباحته، لا كونه ملكاً له.

كما أن ذلك ربما يكون شاهداً لما ذكرناه، وإلا فلا تلازم بين حرمة المجلس و حرمة الاستناد أو اللبس، وكذا ما فيها أيضاً من أنه لو بنى الشريك في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك أو المختص بحيث لا يقع ثقله عليه جاز، ولم يكن للآخر الاعتراض عليه، ولو ألقى ثقله عليه لم يجز بدون إذنه، فإنه أيضاً مبني على ما ذكرناه. نعم ليس له حكمة من آلاته حجراً كانت أو آجراً أولبناً، ولا الكتابة عليه ولا غير ذلك، وإن سلم من مظنة الضرر، لقاعدة «حرمة التصرف في مال الغير» السالبة عن معارضته السيرة والعسر والخرج، وما في الدروس - من تعليل حرمة ذلك بأنه تصرف في ملك الغير بما هو مظنة الضرر، موهماً اعتبار ذلك في الحرمة - في غير محله والأمر سهل.

﴿ولو انهدم﴾ الجدار أو استمر ﴿لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته﴾

بلاخلاف ولا إشكال ، للأصل وقاعدة التسلط ، بل الأقوى توقف عمارته من الشريك خاصة على إذن الآخر لذلك أيضاً خلافاً لبعضهم ، فيجوز له لأنه نفع واحسان ، وحكام في الدروس عن الشيخ ، ولعلته الظاهر من قواعد الفاضل ، وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز ، وآخر ففرق بين إعادته بالآلة المشتركة فلا يشترط رضاه وبين إعادته بآلة من عنده ، فيشترط لبقائه شريكاً على الأول بخلاف الثاني ، وفيه ما عرفت أيضاً ، وفي الدروس « ولو بناء أحدهما بالآلة المشتركة كان بينهما وفي توقفه على إذن الآخر مع اشتراك الأساس احتمال قوي ، ولو أعاده بآلة من عنده فالحائط ملكه ، والتوقف على إذنه هنا أقوى ، ومنع الشيخ من التوقف على إذن الآخر ، وله منع الآخر من الوضع عليه في الثانية دون الأولى نعم للشريك المطالبة بهدمه ، قال الشيخ : « أو يعطيه نصف قيمة الحائط ، ويضع عليه ، والخيار بين الهدم وأخذ القيمة للثاني » وفيه : أنه ، يكفي في قوة الاحتمال الأول اشتراك الآلات ، وإن لم يكن الأساس مشتركاً ، كما أن له المنع من الوضع أيضاً مع فرض اشتراك الآلات ، فما في المسالك - تبعاً لما سمعته عنها من أن له منع الشريك من وضع الخشبة مع اختصاصه بالآلات دون ما لو بناء بالمشاركة - في غير محله أيضاً اللهم إلا أن يكون الوضع مستحقاً له سابقاً مثلاً ، فينتج حينئذ ما ذكره .

وعلى كل حال فقد ظهر لك عدم جواز عمارة الشريك بدون الإذن مطلقاً ، نعم في المسالك « على القول باعتبار إذن الشريك لو خالف وعمره فهل للشريك نقضه احتمال ، من حيث تصرفه في ملك غيره ، وتغيير هيئته ، ووضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية كأنها مقصوبة فلهذا زلتها ، والأقوى العدم إن كان بناء بالآلة المشتركة لأن هدمه أيضاً تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بنى فلا يصح كلاً ، وإنما تظهر الفائدة في الاثم ، والجواز إن كان بناء بغير آله لأنه عدوان محض ، وتصرف في أرض الغير ، فيجوز تغييره » .

قلت : قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة بل صرح فيها بعدم جواز نقض من بناء أيضاً ، لكنه لم يصرح في بناء القرع تقدير اعتبار الإذن والمتجه أن له ذلك أيضاً ،

فإن له الامتناع من بناء الآلات المشتركة ، كما اعترف به في جامع المقاصد ، ومن التصرف في أرضه مع فرض الشركة في الاساس ، فلم يكن الوضع حينئذ بحق فهو ظالم لا حق لعرقه ، فله الازالة بالأرض .

نعم لو قلنا بحرمة ذلك عليه اتجه حينئذ الزامه به ، كما لو هدمه ابتداء هذا وفي المسالك ايضاً « أنه حيث يتوقف البناء على إذن الشريك ويمتنع يرجع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن ، فإن امتنع إذن الحاكم ، وهل له الإذن فيه بأجرة يرجع بها على الشريك أو مجاناً الأقوى الثاني ، لأن الشريك إذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الاتفاق ، فإذا اختار الشريك بناء مجاناً ، فعل ، وإلا تركه » .

قلت بل قد يشكل جبره على الإذن على وجه تقوم إذن الحاكم مقامه . بأن له الامتناع منها ، لقاعدة « التسلط » و« عدم حل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه » وغيرها ومن هنا أنكر عليه ذلك في الحدائق ، خصوصاً بناء على مختاره سابقاً من اعتبار الإذن في الجواز للشريك ، حتى لو أراد بناءه من غير رجوع عليه ، وإنه يأثم لو بناء من غير إذن . إلى غير ذلك من عباراته التي هي كعبارة غيره من الاصحاب ، خصوصاً مثل اطلاق المصنف وغيره ، وخصوصاً مثل عبارات التذكرة في الظهور أو الصراحة في عدم وجوب الإذن عليه ، بناءً على اعتبار اذنه .

نعم في جامع المقاصد « فرع : لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها ، فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها ، فليس يبيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عدة أمور : من بيع وإجارة ومواقفة على العمارة وغير ذلك من الأمور الممكنة في ذلك عملاً بقوله ^(١) « لا ضرر ولا ضرار » ولأن في ترك جميع هذه الأمور إضاعة للمال ، وقد نهى عنها ، ولم أظفر بتصريح فينبغي أن يلمح » .

قلت : قد يشهد له في الجملة ما في دعائم الاسلام ^(٢) قال : « روينا عن جعفر بن

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب الخيار الحديث - ٤ - ٥ -

(٢) الدعائم ج ٢ ص ٥٠٤ الطبعة الثانية بمصر .

، صلوات الله عليه أنه سئل عن جدار الرجل وهو مسترة فيما بينه وبين جاره سقط ، امتنع من بنيانه قال : ليس يجبر على ذلك إلا أن يكون وجب ذلك ، لصاحب الدار (أخرى ، أو شرط في أصل الملك ، ولكن يقال لصاحب المنزل : استر على نفسك في عتك إن شئت . قيل له فإن كان الجدار لم يسقط ، ولكنه هدمه أو أراد هدمه إضراراً بجاره لغير حاجة منه إلى هدمه ، قال : لا يترك إن رسول الله ﷺ قال : « لا ضرر ولا ضرار » و إن هدمه كلف أن يبنيه .

وعلى كل حال فما في جامع المقاصد هو كالصريح في عدم الجبر في غير الصورة المفروضة ، ومنه ما سمعته من المسالك الذي لم يعلقه على الضرر ونحوه ، بل جعله من احكام الشركة في الجدار التي قد اعترف سابقاً باعتبار الإذن من الشريك ، لو أراد التبرع ببناؤه ، ولاحقاً في مسألة السفلى والعلو ، وحينئذ يكون كاقتراح وضع جدار مشترك بينه وبينه في أرض مشتركة ، وآلات كذلك ، ولاريب في عدم وجوب الإذن بذلك عليه ، وإن تضرر الآخر بذلك ، وأنه لا وجه لرفع أمره إلى الحاكم ، ولا لجبره على ما هو غير واجب عليه .

نعم لو قلنا أن سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه لا يجوز له الامتناع مع طلب الآخر ، اتجه حينئذ ذلك ، لكن ينبغي عليه عدم اعتبار إذنه ، بل نهيه أيضاً كفاً في باقي صور امتناعه عما هو حق عليه ، وكأنه هو الذي لحظه الفاضل فيما ذكره في القواعد من عدم جواز منعه إياه لو أراد الإفراد بالعمارة الآن أنه كما ترى ، ضرورة عدم نبوت حق يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو واضح ، ولو سلم فهو غير ما سمعته من المسالك الذي لم أعثر على موافق له فيه ، ولا من احتمله ، بل صريح كلماتهم عدمه ، بل هو في نفسه بناء على اعتبار الإذن في غير محله ، بل منه يعلم ما في تفصيل المحدث البحراني من أنه لا يحتاج إلى الإذن من الشريك في العمارة مع فرض التضرر به ، ولا بد منها مع عدمه ، إذ هو مع أنه خروج عن محل البحث الذي هو الجدار المشترك من حيث كونه كذلك : أي مع قطع النظر عن الأمور الخارجية ، قد يناش فيه بأن فرض ضرر أحدهما بعدم العمارة قد يعارض

بفرض ضرر الاخر بها ، والضرر لا يدفع بالضرر ، كما اعترف به الفاضل وغيره في الرد على الشافعي في القديم من المساعدة في العمارة ، بل ومع فرض عدمه أيضاً بعدم وجوب دفع الضرر عن الغير ببذل مال آخر ، وان لم يتضرر به ، والا لوجب ذلك في الجدار الجديد وغيره .

نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها أو برفع الأمر الى الحاكم ، ليرى وجها يحكم به لقطع النزاع بينهما ، مراعيًا للجمع بين الحقين ودفع الضرر عنهما من باب السياسات المعدّة حولها ، ولعله على ذلك يحمل مافي دعائم الاسلام^(١) وعنه صلوات الله عليه عن الجدار بين الرجلين ينهدم ، ويدعو أحدهما صاحبه الى بنائه ، ويأبى الاخر قال : ان كان مما يقسم قسم ما بينهما ، وبنى كل واحد منهما حقه ان شاء ، أو ترك ان لم يكن ذلك يضر صاحبه ، وان كان ذلك مما لا يقسم قيل له : ابن أوبع أو سلم لصاحبك ان يرضى أن يبنيه ، ويكون له ذلك ، وان اتفقا على أن يبنيه الطالب وينتفع به ، فإن أراد الاخر الاتفقا به معه دفع اليه نصف القيمة ، فتأمل جيداً والله العالم .

ومما ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره المصنف وغيره بقوله ﴿ وكذا لو كانت الشركة في درلاب أو بئر أو نهر ﴾ أو قناة أو ناءورة أو نحو ذلك ، أي لا يجبر الشريك على المشاركة في عمارتها من غير فرق بين كون المشترك ذا غلة تفي بعمارتها ، وغيره عند الاصحاب على مافي المسالك ، وبين القابل للقسمة وعدمها ، وانما ثبت بذلك على خلاف أبي حنيفة الذي حكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط ، فارقا بينهما ، بأن الشريك لا يتمكن من المقاسمة فيها ، فيتضرر به بخلاف الجدار ، فإنه يتمكن من قسمته ، وردّ بإمكان كون القسمة فيه أكثر ضرراً عليه ، فكانا حينئذ سواء .

نعم لو اتفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما الذي أثر فيه نقل الطين عنه ، وليس له

فيه عين ملك ، بخلاف الحائط إذا بناء بآلات منه كما هو واضح .
 ﴿ وكذا ﴾ ظهر لك مما ذكرناه ايضاً أنه ﴿ لا يجبر ﴾ عندنا ﴿ صاحب السفلى
 ولا العلوى ﴾ في الساباط وغيره ﴿ على بناء الجدار الذي يحمل العلوى ﴾ ولا على جدار
 البيت ، لأصالة براءة الذمة من وجوب عمارة ملك الانسان لنفسه ، فضلاً عن الغير إلا
 أن يكون ذلك لازماً بعقد ، فيجب حينئذ كعمارة الساقية المستحق إجراء الماء فيها ،
 خلافاً للشافعي فيجبر صاحب السفلى على الإغادة ، ولأرب في ضعفه ، ولو طلب صاحب
 العلوى مثلاً بناء جدران السفلى تبرعاً فهل له منعه ؟ ففي المسالك « فيه الوجهان السابقان »
 وأطلق في التحرير « ليس له منعه » .

قلت : قد عرفت التحقيق في ذلك سابقاً ، وأما ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيله
 على ما في القواعد من أنه لو طلب صاحب العلوى عمارة السفلى بنقض صاحبه كان له منعه ،
 وإن أعاده بآلة من عنده فله ذلك ، وإن كان يجب تقييده ايضاً كما في جامع المقاصد
 بما إذا لم يكن الأساس للآخر ، ولا مشتركاً بينهما ، والا لم يجبر بدون الإذن ، لما
 عرفته سابقاً ، لكن فيما حضرني من نسخة للتذكرة سقيمة « وإن أراد بناؤه بآلة من
 عنده فله ذلك ، وجاز أن يبني على عرصة مشتركة بينه وبين غيره بغير إذنه ليصل
 إلى حقه من الحمل عليه » ولا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما قد مناه سابقاً .
 وعلى كل حال فلو بناء في أرضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد
 بفتح كوة و غرز وتد ونحو ذلك ، أما الاستكان فالظاهر أنه ليس له المنع منه وإن
 اتفق به ، هذا كله إذا انهدم بنفسه ، أو هدمه معاً من غير شرط ، أما إذا استهدم فهدمه
 صاحب السفلى بشرط أن يعيده ، ففي التذكرة أجبر عليه قولاً واحداً ، أي إذا كان ذلك
 منه بملزم شرعي .

﴿ ولو هدمه ﴾ أي الجدار المشترك مثلاً ﴿ بغير إذن شريكه ﴾ الذي لم
 يجب هدمه عليه لاستهدامه ﴿ وجب عليه أعادته ﴾ لأنه ضمان مثله عادة ، لكن في
 الدروس « إن امكنت المعاملة كما في جدران بعض البساتين والمزارع ، والا فالأرض ،
 والشيخ أطلق الإعادة ، والفاضل أطلق الأرض ، وفي المسالك بعد أن حكى تفصيل

الدروس ، وتبعاً للكركي « وفيه مناسبة الا أنه خارج عن القواعد الشرعية لاتقاء المثلية في الفات ، فإنه محض صفة اذلاً عيان باقية ، والمماثلة في الصفة بعيدة ، فالقول بالأرض مطلقاً أوضح » .

قلت : قديقوى ما ذكره الشيخ لصدق المثلية عرفاً ، بل تصح الاجارة على صنعة جدار مثل هذا الجدار . نعم لو فرض تعذر ذلك كما في بعض البناء انتقل الى القيمة كما في كل مثلي تعذر مثله ، وكذا الكلام في كسر الخاتم ونحوه ، وفتق الثوب ونحوه . ولوهذهما باذن شريكه وشرط اعادته ، وجب ذلك اذا كان الشرط في عقد لازم ، بل قد سمعت ما في التذكرة في نظيره من أنه - كذلك قولاً واحداً ، لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسألة السابقة التي يجب فيها الأرض ، ولعلّه لعدم امكان الشرط لما عرفت من عدم امكان ضبط الصفة ، الا أنه كما ترى ، فإن عود الشيء على ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفاً ممكن و واقع ، بل من ذلك يعلم قوة ما ذكرناه أولاً . بل قد يؤيده أيضاً أن الأرض المذكور هنا ان اريد به ما يخص الشريك من مقابل الهيئة الفاتمة ، فهو لايجدي في عمارة الجدار المزبور الذي تحقق فيه الضرر عليه بهدمه ، ولو لفوات حصة الشريك ، فلم يكن في ذلك جبر لضرره ، و ان اريد به ما يقابل تمام الهيئة ، ففيه اتهام مشتركة بين الهادم والشريك ، والانسان لا يضمن لنفسه مضافاً الى ما عن الاردبيلي من استبعاد الارض فيما حكى عنه قال : « فإنه لايسوى بعد الهدم الا شيئاً قليلاً جداً ، والجدار الصحيح تكون له قيمة كثيرة ، بل المناسب على القول بالأرض أن يراد به ما يحتاج في تعمير مثل ذلك ، وفيه أيضاً تأمل ، انقد يتفاوت العمل والأجرة كثيراً فتأمل ، وبالجمله القول بوجوب الاعادة بحيث يصدق عليه عرفاً أنه اعادة قوي جداً في صورة عدم الشرط فضلاً عما لو شرطه والله العالم .

ولو اطلق الشريكان على أن يبنياه و يكون لاحدهما اكثر مما كان له ، فمن الشيخ بطلان الصلح ، لأن فيه اتهام ما لم يوجد ، وفيه أنه يكفي مشاهدة الآلات وصفها ومشاهدة الأرض ، زدعوى - أن الجدار جزء صوري من التأليف لا يمكن ضبطه . يدفعها ، أن الصورة صفة تابعة للموهوب وضبطها ممكن ، والا لما جاز الاستيجار على

البناء المقدر بالعمل ، كدعوى عدم العوض بعد تساويهما في العمل وغيره التي يمكن دفعها بما عرفته سابقاً من عدم اعتبار العوض في الصلح ، على أنه يمكن القول هنا بأن الشارط على نفسه متبرع بما يخص شريكه من عمله ، والشارط لنفسه غير متبرع ، فيشترط له قدراً من الملك .

وكذا دعوى اقتضاء تعليق الملك في عين - وهو ممتنع لامتناع الآجل في الملك رمن هنا احتمال بعضهم جواز اشتراط تملك الأكثر من الآلات لامن الجدار بعد البناء وحينئذ فلو انفرد أحدهما بالعمل وشرط لنفسه الأكثر من الآلة صح قطعاً - ، اذ قد تدفع أيضاً بأن هذا الصلح يجري مجرى الاستيجار على الطحن بجرو من الدقيق ، وعلى الارتضاء بجزء من العبد ، فإنه يملكه في الحال ، ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره ، وعلى هذا يملك الأكثر مبنياً .

كل ذلك مضافاً إلى ما سمعته غير مرة من كون الصلح عقداً مستقلاً برأسه ، لا يعتبر فيه جريان غيره من العقود على موده ، فربما كان موده لا يجري عليه عقد من العقود ، وإنما فسر أنه كلما يفرض إمكان قطع الخصومة به لو كانت مما لا يكون فيه تحليل حرام ولا تحريم حلال ، ولا ريب في جواز رفع أحد الشريكين يده عما يملكه من آلات الجدار جميعه ، فضلاً عن الأكثر ، بينائه من الشريك الآخر خاصة ، أو مع كونه معه ، فيصح الصلح حينئذ عليه وإن لم يكن عوض للمتبرع من ماله وعمله سوى كون الجدار مبنياً ليكون سائراً مثلاً بينهما كما هو واضح . والله العالم .

ثم انه لا خلاف ولا اشكال في جواز قسمة الجدار المشترك طولاً وعرضاً ، وطوله امتداده من زاوية البيت مثلاً إلى الزاوية الأخرى ، لا ارتفاعه عن الأرض الذي هو عمقه والعرض هو السطح الذي يوضع عليه الجذوع ، فلو كان طوله عشرة وعرضه ذراعين فاقسما في كل الطول و نصف العرض ، فيصير لكل واحد منهما طول عشرة اذرع في عرض ذراع جاز ، و كذا لو اقسماه في كل العرض و نصف الطول بأن يصير لكل واحد منهما طول خمسة اذرع في عرض ذراعين .

ثم القسمة بعامة توضع جائزة في الأمرين ، وبالنشر جائز في الثاني دون الأول

إلا مع تراضيهما ، كما لو نقضاه واقتسما الآلة ، والقرعة ممتنعة في الأول لا يمكن وقوعها على ما لا ينتفع به مع عدم إمكان التبديل ، بل يختص "كل" وجه بصاحبه ، ولعله لذا قال في القواعد : « ولا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة في كل الطول و نصف العرض لأن القرعة معيار القسمة (لكن قال أيضاً) وكذا في نصف الطول وكل العرض و تصح القرعة في الثانية دون الأولى ، بل يختص كل وجه بصاحبه » و ظاهره عدم الاجبار في صورتين ، لكن في محكي التذكرة أنه إن اتفق الضرر عنهما أو عن الممتنع اجبر عليهما في الصورة الثانية ، وإن تضرر الممتنع لم يجبر ، وفي الدروس « و متى تطرق ضرر عليهما أو على أحدهما و طلبه الآخر فهي قسمة تراض ، وإلا فهي قسمة اجبار ، ولو طلبها المتضرر أجبر الآخر ، وكذا يجوز قسمة عرضه قبل البناء » .

قلت : هذا خلاصة ما في القواعد وجامع المقاصد والدروس ، لكن قد يتوقف في جعل معيار القسمة القرعة ، بمعنى عدم الاجبار عليها مع عدم إمكانها ، كما أنه قد يتوقف في اعتبار إمكان وقوعها على ما ينتفع به ، إذ يمكن حينئذ الرجوع إليها والأخذ في المقام وإن وقعت في الوجه الخارج عنه ، إلا أنه يمكن التبديل بالمعاوضة والاجارة و نحوها ، ولتحقيق ذلك - وتحقيق وجوب الإجابة إلى القسمة مطلقاً على وجه يجبر الممتنع منها - محل آخر يأتي إنشاء الله .

ولو ملكا دارين متلاصقين مثلاً ، فليس لأحدهما مطالبة الآخر ، برفع جنوعه هـ ، ولا منعه من التحديد لو انهدم السقف إذا لم يعلم على أي وجه وضع ، لجواز كونه بعوض ، و عن الخلاف نفي الخلاف فيه ، كما نص على ذلك كله في الدروس ثم قال : « نعم لو ادعى أحدهما الاستحقاق ونفاه الآخر جزماً احتمل حلف المنكر ، و عليه الفاضل ، و ظاهر الشيخ أن على مدعي العارية البيئنة ، واليمين على الآخر » . قلت : لكن في القواعد « لو وجد بناء أو خشبته أو مجرى ماءه في ملك غيره ، ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول صاحب الأرض والجدار في عدم الاستحقاق » و واقفه عليه في جامع المقاصد ، لأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ، ولأن اليد تقتضي الاختصاص بالاتفاق ، والوضع أعم من الاستحقاق ، وغايته أن يكون بحق ،

وهو أعم من العارية التي يجوز فيها الرجوع .

وفيه أن الأصل في تصرف المسلم ويده أن يكون بملك وإستحقاق حتى يعلم عدمه ، فالمتبج حينئذ فيما فرضه في الدروس وجوب الإبقاء ، أما لو فرض غير ذلك بأن تنازع أحدهما مع الآخر في الإستحقاق وعدمه ، ولم يكن ثم استناد الى يد ونحوه ، فالمتبج كون اليمين على منكر الإستحقاق وما عن الشيخ من كون البيئنة على مدعي العارية واليمين على الآخر يمكن تنزيله على ذي اليد ونحوه ، كما أن ما في القواعد وجامع المقاصد إن كان المراد به ما فرضه أولاً في الدروس ففيه ما عرفت ، وإن كان المراد به ما ذكره بقوله «نعم» فهو متبج ، وإن كان هو غير ظاهر من أول العبارة ، ولكن الأمر سهل بعد وضوح الحال والله العالم .

المسألة : الخامسة : إذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت **﴿** الحاملة للعلو **﴾** **﴿** ف **﴾** المشهور كما في المسالك إن **﴿** القول قول صاحب البيت مع يمينه ولو كان في جدران الغرفة ، فالقول قول صاحبها مع يمينه **﴾** قيل : وبعضه أن جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها ، فيحكم بهما لصاحب الجملة بل في جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسألة ، وفيه : أنه بعد فرض التنازع في ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت والغرفة له مع فرضه ماعدا محل النزاع منها والا لم يكن ثم وجه للمخاصمة ، كي تتوجه البيئنة على أحدهما ، واليمين على الآخر ، فلادليل حينئذ للحكم المزبور الأدعوى استقلال اليد من كل منهما على ما ادعاه فيكون القول قوله مع يمينه .

نعم قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفل على جدار بيته ، مع فرض تصرف صاحب العلو به وبالبناء عليه ، وبمنع استقلال صاحب العلو مع فرض تصرف صاحب السفل به باتصاله بالعالي بملكه ، على وجه هو كالجزء منه ، وبلاستئذان تحت السقف المعلق عليه ، والتصرف في الجدار إنما هو بالتصرف في بعض أجزائه ، لأنه شيء واحد عرفاً ، وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن ابن الجنيّد من أن جدار البيت بينهما ، لأن حاجتهما اليه واحدة ، بخلاف جدران الغرفة ، إذ لا تعلق لصاحب البيت

به ، إلا كونه موضوعاً على ملكه ، وإن ارتضاه في المختلف ، بل في المسالك هو قول جيد ، إلا أنك عرفت قوة اشتراك الجميع في اليمين كل منهما ، أللهم إلا أن يدعى استقلال اليد عرفاً منهما على كل منهما ، خصوصاً في جدار الغرفة المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنيد كالسقف الأعلى ، وأن ما ذكرناه ليس من الأمانة على اشتراك اليد في العادة فيتجبه حينئذ قول المشهور ، ﴿ ولو تنازعا في السقف قيل : ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿ إن حلفا قضى به لهما ﴾ وكذا إن تكلا وإلا اختص بالحالف منهما على نحو ما سمعته في التنازع في الجدار وشبهه الذي يدهما معاً عليه وقواه في الدروس قال : « وفي المبسوط يقسم بعد التحالف ، والقرعة أحوط » ، وتردد في الخلاف بين القرعة والتحالف ، ﴿ وقيل ﴾ والقائل ابن الجنيد وأدريس ﴿ لصاحب العلو ﴾ ومال إليه في المسالك بل اختاره في جامع المقاصد ، بل عن القاضل ترجيحه في كثير من كتبه ، لأن الغرفة إنما تتحقق بالسقف الحامل ، لأنه أرضها والبيت قد يكون بغير سقف ، وهما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها ، ولأن قصرته فيه أغلب من تصرف صاحب السقف ، وإن كان هما معاً كما ترى .

نعم قد يقال : إن اليد مختصة به ، دون الأسفل ، لأن سكونه تحته ليس يداً عليه ، وإن كان هو محلاً للنظر أيضاً باعتبار صدق التصرف به بالتصرف في البيت الذي هو من أجزائه ، بل فيما نسمعه من القواعد احتمال اختصاصه به ، باعتبار أن الغرفة على البيت ، فلا يتحقق إلا بعده ، والبيت لا يتم إلا بالسقف ، وإن كان هو واضح الضعف أيضاً ، فالأقوى الاشتراك بينهما على الوجه الذي تقدم .

﴿ وقيل : ﴾ والقائل الشيخ كما في المسالك ﴿ يقرع بينهما وهو حسن ﴾ عند المصنف ، ^(١) « لا نهال كل أمر مشتبه » وفيه : أنه لا اشتباه بعد اقتضاء اليد الاشتراك بينهما ، وفي المسالك « وربما منع الاشتباه هنا ، لأن رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة إلى الحكم » هذا وفي القواعد « أما السقف فإن لم يكن

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ١١

لكن فيه كل مجهول فيه القرعة إلى آخره .

احداثه بعد بناء العلو كالازج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو ، فهو لصاحب السفلى ، لا اتصاله بينائه ، وان كان بحيث يمكن احداثه كجذع يتقب له في وسط الجدار ويجعل البيت يبتين فهما مشترك كان فيه ، فيحتمل - التسويه لأنه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفلى ، - واختصاص الاول - والثاني .

و تبعه على ذلك في الدروس قال : « ولو لم يمكن إحداث السقف بأن كان أزجاً ترصيفاً حلف صاحب البيت لا اتصاله به » ، وكذا في جامع المقاصد والمسالك قال في الاخير منهما : « و موضع الخلاف السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت ، أما مالا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه بعد بناء الجدار الأسفل لاحتياجه إلى اخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ، ليكون حاملاً للعقد ، فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار ، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر ، فإن ذلك دليل على أنه لصاحب السفلى فيقدم قوله بيمينه .

قلت : قد يناقش بأن ذلك لا يناقش وجود يد من صاحب العلو بالتصرف فيه أيضاً الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره ، و حينئذ يكون يد كل منهما عليه ، فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور .

المسألة ﴿ السادسة : إذا خرجت أغصان شجرة ﴾ أو عروقتها ﴿ إلى ملك الجار ، وجب ﴾ و ثبت له استحقاق ﴿ عطفها ﴾ مثلاً على مالكها ﴿ إن أمكن والا قطعت من حد ملكه ، وإن امتنع صاحبها ﴾ من ذلك عطفها أو ﴿ قطعها الجار ولا يتوقف على إذن الحاكم ﴾ في تفرغ ملكه عما لا يستحق بقاؤه عليه ، فضلاً عما يكون بقاؤه عدواناً ، وقاعدة « قبح التصرف في مال الغير لا تأتي في دفع الظلم أو الضرر عنه ، خصوصاً مع كون هتك الحرمة من المالك نفسه بالظلم وغيره ، ولذا صرح في محكي التحرير بالوجوب والاجبار مع الامتناع ، وجعله المختار في جامع المقاصد .

بل قد يظهر من اطلاق المحكي عن التحرير أن للمالك الإزالة من دون استئذان المالك ، كما لو دخلت بهيمة إلى داره أو زرعه ، بل صرح به في جامع المقاصد ، لأن إزالة العدوان عليه أمر ثابت له ، و نوقفه على إذن الغير ضرر ، ولأنه

لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع الامتناع ، لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه ، وغير اذن من يقوم مقامه مع التمكن ، و حينئذ فما يظهر من المتن والدروس ومحكي التذكرة من اعتبار اذنه لا يخلو من نظر ، وربما يقوى التفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الاذن منه أو من الحاكم وعدمه ، فلا يحتاج إلى الاذن في الأول دون الثاني مراعاة للجمع بين القواعد جميعاً .
وعلى كل حال فما عن التذكرة - من ان مالك الشجرة لا يجب عليه ازلتها ، وان جاز لمالك الارض ، لانه من غير فعله ، ويلزمه عدم الاجبار عليه - مخالف للقواعد الشرعية .

نعم مع امكان العطف لا يجوز له القطع ، فلو فعله كان ضامناً ، لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت ما بينه وبين المعطوف وجهان كما في المسالك من التعدي فيضمن ومن ان العطف حق له ، وما يفوت به في حكم التالف شرعاً ، ولعل الأقوى الأول ، كما أنه يقوى وجوب الاجرة لعمع امتناع المالك ، وإن لم يستأذن الحاكم ، إذا لم ينو التبرع ، ولومضت مدة طويلة عليها كذلك مع تفريطه ، ضمن أجرة الأرض والهواء كما صرح به غير واحد ، بل لعله كذلك مع صدق استبقاء المنفعة وإن لم يكن ثم تفريط ولذا صرح غير واحد أيضاً بأنه ليس لمالك الأرض إيقاد النار تحت الاغصان لتحرق حيث يجوز القطع لأنه أشد ضرراً فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادة على حقه وهو كذلك .

نعم قد يقال إن له إيقاد النار لمصالحه ، كالتنوير ونحوه وإن أدى ذلك إلى تلف الاغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلاً ، أو القطع لعموم « تسلط الناس » ولأن اعماله وتفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدي إلى تلف مال الغير فتأمل وفي حكم الشجرة الجدار المائل إلى ملك الغير .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو صالحه على إبقائه ﴾ أي الغصن مثلاً ﴿ في الهواء لم يصح على تردد ﴾ ينشأ من عدم جواز اقراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع ، ومن كونه عقداً مستقلاً مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء ، بل هو صلح عن منفعة ، قائم مقام

الإجارة، لكن لا ريب في أن الأقوى الثاني كما عرفت في نظائره، خلافاً للمحكي عن الشيخ. ﴿أما لو صالحه على طرحه على الحائط، جاز﴾ بخلاف ﴿مع تقدير﴾ المدة و ﴿الزيادة أو إنتهاؤها﴾ بل قد عرفت جوازه في نظير المسألة، مع التصريح بالتأييد، بل قد عرفت جوازه مع عدم تقدير بالزيادة ولا إنتهاؤها لتحتمل الصلح من الجهالة ما لا يتحمله غيره، خلافاً لجماعة، فاعتبروا في جوازه الأمرين جميعاً، بل في الدروس وغيرها التصريح بعدم جواز التأييد والله العالم.

المسألة ﴿السابعة إذا كان لـ إنسان بيوت الخان السفلى، ولا آخر بيوته العليا، و تداعيا الدرجة قضى بها لصاحب العلو مع يمينه﴾ من حيث كونه صاحب سفلى وعلو لاستقلال يداختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك، وإن كانت موضوعة في الأرض المحكوم بها أيضاً لصاحب السفلى باعتبار اقتضاء اليد عليها، اليد على محلها، و يد اختصاص الأسفل على غيرها من الأرض لا يوجب اليد له عليها، كما هو واضح.

نعم في المسالك هذا مع اختلافها في الخزانة تحتها، أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، فيجوز فيها الخلاف السابق، وفي الدروس «ولو تنازعا في المرقى ومحلّه فهو للأعلى، وفي الخزانة تحته بينهما، ولو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل، فيقضى بها بينهما، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاؤه وكيزانه تحتها، ثم إذا ثبت الدرجة للأعلى فهو ذريد في الآن».

قلت: قد يرجح صاحب السفلى بأنها من بيوته الظاهرة في العرف استقلال يد اختصاصه بها لتبعية الهواء للدار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفاً بالأعلى - ومن ذلك يظهر لك ما في قول المصنف ﴿ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواها سواء﴾ والفاضل في القواعد «ويقضى بالدرجة لصاحب العلو ويتساويان في الخزانة تحتها» إلى آخره - فيقضى بها بينهما بعد التحالف والنكول، لأن لكل واحد منهما شاهداً بملكها، باعتبار أن يد الاختصاص لصاحب العلو يقضى بأن مكانها كذلك إذ الهواء كالقرار، كما أن يد الاختصاص للأسفل تقضى بأن الهواء له أيضاً لأنه تابع للقرار،

لما عرفت من ظهور يد الاختصاص عرفاً بها لذي السفل المفروض كون البيوت له التي هي من بجلتها في الحقيقة ، بل لعل كازمهم فيما تقدم - في تقديم صاحب السفل لو كان النزاع في الجدار الاسفل - شاهد على ذلك ، وكأنه مال اليه في الحقائق ، وفي محكي التذكرة احتماله ، واحتمال الاختصاص بنى العلو ، ولاريب في ضعفه .

نعم قديريد الاول بظهور التفاوت بين خزانة الدرج وغيرها من البيوت ، باعتبار كونها كالتابع له ، وصاحب اليد عليه نريد عليها ايضاً ، و من ذلك مع تصرف صاحب الاسفل حكم المصنف وغيره بالتسوية بينهما ، بخلاف بيوت الاسفل ، بل هي غير التداعي بين صاحب القرفة وبين من تحتها . فتأمل جيداً . . فإنه لا يخلو من مصادرة اللهم إلا أن يفرض اختلاف الهيات في ذلك عرفاً هذا .

وقد يشكل كون الدرجة للعالي وكونهما سواء في دعوى الخزانة والفرض ان الدرجة من اجزائها ، و احتمال كون المراد تسويتها فيما عداها - بقرينة ذكرهم الدرجة للعالي أولاً - يدفعها احتمال كون المراد بالاول حيث لا تكون خزانة .

ثم إن المتنبه للمصنف استحسان القرعة لوتنازعا في سقفها كما ذكره في سقف البيت ولعله لذا في اللمعة اختار القرعة في الاختلاف في الخزانة ، كما اختارها في الاختلاف في سقف البيت ، و بالجملة كلامهم لا يخلو من تشويش ، وقد يحتمل كون الدرجة للعالي و إن كانت سقفا ، و الباقي للاسفل ، ولكن يقوى كونها كالسقف حيث يكون خزانة ، وقد عرفت أن يدهما معاً عليه بخلاف الارض والجدران .

وفي الروضة ما في اللمعة في القرعة في الخزانة لما ذكره في السقف ، - ثم قال - : و يشكل أيضا الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة ، لانه إذا قضى بالخزانة لهما ، أو حكم بهما للاسفل بوجه تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، لعين ما ذكر خصوصاً مع الحكم بها للاسفل وحده ، فينبغي أن يجري فيها الخلاف ، ومرجحه ، إلى آخره وربما كان فيه منفاة في الجملة لما سمعته في المسالك فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ ولو تداعيا الصحن ﴾ الذي وضعت المرقاة في صدره أى نهايته في السعة ،

وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب ﴿قضى منه بما يسلك فيه إلى العلويينهما﴾ مع التحالف والنكول ﴿وما يخرج عنه لصاحب السفل﴾ لظهور يد صاحب العلو باعتبار اقتضائه إلى السلوك في ملك مقدار الممر ، ويشاركه فيه للتصرف أيضاً صاحب السفل ، ويختص بغيره ، لكن في الدروس د و ربما أمكن الاشتراك في العرصة لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو ، ولا يمنع من وضع شيء فيها ، ولأن الجلوس قليلاً ، وفيه : أن مثل هذا التسامح المعتاد لا يقتضي اليد على تمام العرصة كما هو واضح - ثم قال - : ولو كان مراقبة في دهليزة فالأقرب أن لا مشاركة للأسفل للعرصة ، إلا أن نقول في السكة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع ، ويؤيده أن العرصة يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل ، ولو كان المراقبة في ظهره فاختصاص صاحب السفل بالعرصة أظهر ، وفيه أيضاً : أن اشتراك الفضلة بعد أن لم يكن لأحد بالخصوص بدعليها - ولا ترجيح ، بل تقدير تفق الجميع بها - لا يقتضي الحكم بالاشتراك في الفرض بعد أن لم يكن لذى العلو تصرف في العرصة ، والاحاطة بمجرد لها ليست تصرفاً ، والحكم بها للأسفل للتصرف ، وظهور كونها داراً لبيوته ، لا للاحاطة ، ولذا جزم في الروضة في الفرض بكون العرصة للأسفل كما أنه جزم في الأخير بأنها مع الدهليز للأخير والله العالم .

﴿تتمة﴾

﴿إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ، قضى للراكب مع يمينه﴾ وفاقاً للمحكي عن المبسوط لظهور يد الاختصاص له عرفاً ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ أيضاً في محكي الخلاف و ابن ادريس في محكي السرائر ﴿هما سواء في الدعوى﴾ لثبوت يد كل منهما عليهما وزيادة تصرف الراكب لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً ، و تعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته ولذا كان ذلك خيرة ثاني المحققين والشهيدين ، ﴿و﴾ لكن قد يقال : إن ﴿الأول أقوى﴾ لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له خصوصاً مع ملاحظة نظائره باعتراف الخصم كتنازع لابس

الثوب و ممسكه و من له حمل على الدابة مع من في يده زمامها ، و غير ذلك ﴿ أما لو تنازعا ثوبا وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء ﴾ لعدم اقتضاء الاكثرية عرفاً الاختصاص و ما وقع من بعضهم - من أنه كمسألة الراكب والقابض ، باعتبار أن كلامهما زيادة تصرف لم يثبت كونها مرجحاً - كما ترى .

﴿ وكذا لو تنازعا عبداً ولا أحدهما عليه ثياب ﴾ مع فرض ثبوت يدهما عليه لأنه لا مدخلية لزيادة الملك ، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالکها أو بالعارية ، فهي حينئذ ليست يداً عرفاً ، و من هنا يعلم أنه لو فرض أن لا أحدهما خاصة عليه يد ، و الآخر له ثياب عليه ، فالقول حينئذ قول صاحب اليد ، كما أنه لو لم يكن لا أحدهما خاصة عليه يداً إلا الثياب لا أحدهما ، يكون بينهما أيضاً ، لما عرفت من عدم كون الثياب يداً لصاحبها .

﴿ أما لو تداعيا جلاً ولا أحدهما عليه حمل ﴾ وليس للآخر عليه يد ﴿ كان الترجيح لدعواه ﴾ قطعاً ضرورة ظهور وجود الحمل عليه في يد الاستقلال به ، بل قد يقال بكونه كذلك لو فرض أن للآخر يداً عليه ، بقبض الزمام باعتبار ظهور يد الاختصاص في الحمل كالراكب و القابض فضلاً عما لو كانا معاً قابضين ، ولا أحدهما خاصة الحمل ، وعن الدروس أنه جعل حكم الراكب ولا يلبس الثوب وذى الحمل سواء وفي المسالك « هو كذلك » ، أي في اتحاد الحكم فيها أجمع ، وإن كان هو عندهما الاشتراك ، وعند غيره الاختصاص ، وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك .

﴿ ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها إلى غرفة الآخر ، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت ﴾ قطعاً لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره ، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد يداً عرفاً .

نعم لو فرض كونه مع ذلك متصرفاً فيها بسكنى وغيره ، أمكن تقديمه حينئذ على صاحب البيت ، باعتبار أن يده حينئذ فعلية و يد صاحب البيت تبعية ، والفعلية أقوى وأولى ، مع أنه في المسالك احتمل التساوي أيضاً قال : « لثبوت اليد

من الجانبين في الجملة ، وعدم تأثير قوة اليد كما سلف ، و في قواعد الفاضل و مع التصرف اشكال ، و إن كان لا يخفى عليك ما فيه .

نعم قد يشكل ذلك بمنافاته للحكم بشركة الخزافة تحت الدرج ، مع أن يد صاحبه عليها تبعية ، ويد المتصرف بها فعلية ، فلتقدم حينئذ عليها كما ذكرناه سابقا إذ لافرق في التبعية بين أن يكون منشؤها لحوق السفل بالعلو ، أو بالعكس فإن من ملك قراراً ملك هواء ، ومن ملك شيئاً ولو هواء ملك قراره ، و الدرج كذلك والله العالم .



﴿ كتاب الشركة ﴾

بكسر الشين مع اسكان الراء وبفتحها مع كسر ها ، بل واسكانها ﴿ والنظر ﴾ فيه يقع ﴿ في فصول ﴾ .

﴿ الاول : في اقسامها ﴾ ولكن ينبغي أن يعلم أولاً أن ماهية ﴿ الشركة ﴾ لغة على ما قيل : الاختلاط والامتزاج شيوعاً أو مجاورة ، وشرعاً ﴿ اجتماع حقوق الملاك ، في الشيء الواحد على سبيل الشيع ﴾ فالاول بمنزلة الجنس الشامل للاجتماع مع التمييز في مكان واحد ، والثاني بمنزلة الفصل ، فإن المنساق منه الواحد بالشخص لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف . وحينئذ فلا شركة مع تعدد الشخص ، نعم المراد بالواحد ، فيما هو متعلق الشركة ، وإن تعدد ، لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من أفراد المتعدد .

و في جامع المقاصد و المسالك أن قيد الشيع لا يخرج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلاً اذا كان خشبه لواحد ، و حائطه لآخر ، وأرضه لثالث ، فإنه لا شركة لعدم الشيع ، وإن صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد وفيه : عدم صدق كونه واحداً بالشخص ، إذ هو مجموع أشخاص . و عن الشهيد في المحكي عن حواشيه أنه لا يخرج اجتماعها في الشيء الواحد بالشخص على البذل ، كمستحق الزكاة والخمس ، والمجتمعين على مسجد أو على معدن أو مباح يتعذر فيه الاجتماع ، فإن ذلك اجتماع لاعلى سبيل الشيع ، قال : « فإن قيل : يخرج هذه بقوله « الملاك » قلنا : الملك المراد به الاستحقاق ، حذراً من المجاز والاشتراك » .

وأشكله في جامع المقاصد بأن الملك أخص من الاستحقاق مطلقاً ، فلو حمل على

منه الخاص المتعارف ، لخرجت هذه الاقسام بالقيد المذكور ، وخرج بقيد الشياح
ا تقدم سابقا - الى أن قال - وفي التعريف نظر لاتقاضه بالشركة في القصاص وحد
لقذف والخيار والرهن والشفعة ونحو ذلك ، فإنه ليس هناك ملك حقيقي ، فلامالك
حقيقة ، وقد صرحوا بأن هذا أحد اقسام الشركة الثلاثة .

و كأنه تصدى الى دفع جميع ذلك في المسالك فقال : « ويمكن أن يكون إنما
حاول بحمل الملك على الاستحقاق الذي هو أعم منه ادخال الشركة في الخيار ونحوه
بلا لملك فيه ، فإنه محض استحقاق ، فلو حمل الملك على معناه الخاص ، لاتنقض
لتعريف في عكسه إن اريد به المعنى الخاص ، ولو جعل مشتركايته وبين الاستحقاق
أو مجازا في الاستحقاق ، لزم الاشتراك و المجاز فحمله على معنى الاستحقاق العام
يدخل الاقسام ، ويسلم من محذور المجاز والاشتراك كما ذكر .

لكن فيه: أن اطلاق الخاص وإرادة العام مجاز غير شايع ، يجب صون التعريف
عن مثله ، وقد يجاب عنه بأن اطلاق الملك على الاستحقاق ليس بمجاز ، بل معناه
يتبادر من قولك فلان يملك الشفعة على فلان ويملك الحد ونحوه ، وأنه مجاز شايع
وإن كان مطلق اطلاق الخاص على العام ليس شايعا ، والعبرة في رخصة التعريف إنما
هو بالفرد المحتاج إلى استعماله ، لا بنوع ذلك الفرد ، وهذا هو الظاهر هنا .

و ينبه عليه أن المصنف بلافصل ذكر حكم الاشتراك في الحق المذكور فليس
بتاقل عن دخوله في التعريف وحينئذ فالمستعمل هنا إما المجاز المنصوب على إرادته
قرينة ، أو المشترك اشتراكا معنويا إن جعل ذلك الاستحقاق من أفراد الملك حقيقة ،
والاشتراك المعنوي لا يضر دخوله في التعريف ، ولو أبدل الملك في التعريف بالاستحقاق
لسلم من ذلك كله .

قلت : ولعله لذا عرفها في الاسعاد شرح الارشاد من كتب العامة بأنها ثبوت
الحق في الشيء الواحد لمتعدد ، ولكن قد يقال : بعد الاعضاء عما في قوله ينبغي إلى
آخره ، أن الشركة في الحقوق وإن دخلت في التعريف ولو على إرادة الاستحقاق من
الملك ، لكن قدينا في ذلك قيد الشياح فيه ، فإنه لاشياح في استحقاق كل منهما

الثابت له ، فلامحيص حينئذ عن اختصاص التعريف بشركة المال ، أو ارتكاب التجوز في الاشاعة على وجه يشمل ذلك .

ثم إنه لا ريب في ملك الفقراء للزكاة والسادة الخمس ، والمسلمين الارض المفتوحة عنوة ، إلا أنه ملك جنس لا تعدد فيه ، كى يصدق معه اجتماع حقوق الملاك ، والافراد من حيث الشخص لملك لأحد منها ، كما أن الاشياء المباحة من معدن و نحوه هي بين الناس على حد سواء ، بمعنى أن لكل واحد حيازتها ، والسابق منهم احق من غيره و مع تعدد السابق يقرع ، وكذا المسجد و الوقف العام ، و إن كان ربما يفرق بينهما ، إلا أنه على كل حال لا شركة فيها من حيث الملك ، ولا من حيث الحق على سبيل الشركة في الأموال والحقوق ، والأمر في هذا كله سهل .

إنما الكلام في ملك الكلى في الصبرة مثلاً كالصاع منها ، وكملك ماء في الثلث بالوصية و نحو ذلك ، بناء على عدم تنزله على الاشاعة مما لا اشكال في صدق الشركة معه ، ولا اشاعة ، اللهم إلا أن يراد منها عدم التعيين ، لا خصوص الثلث والرابع ونحوهما . وكيف كان ففي المسالك تبعاً لجامع المقاصد أن للشركة معنيين ، بل في أولهما شرعيين ، أحدهما ما ذكره المصنف ، ولكنه معناً من المعاني دخوله في باب الاحكام أولى ، ضرورة حصول الاجتماع المزبور بعقد وغيره ، بل بغيره أكثر ، حتى لو تعدى أحدهما و مزج ماله بمال الآخر قهراً بحيث لا يتميزان تحققت الشركة بالمعنى المزبور به ، وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشيعاء فيه ، ولا يدخل فيه المستحقون للإرث ونحوه ، وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ، ويلحقها الحكم بالصحة والبطالان ، واليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل : تبطل الشركة ، أعنى الشرط والتصرف ، وقيل : يصح ، ولقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره ، لأنها المقصود بالذات هنا ، أو ينبه عليها معاً على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتيها و أحكامهما ، وفي القواعد وغيرها كفاية اشتركتنا في العقد المزبور .

لكن في الحدائق لا يخفى على من تأمل الأخبار عدم معنى للشركة إلا الأ ول

الذي ذكره المصنف ، و الفاضل ، و الشهيد في اللمعة ، و أما المعنى الثاني فلا يشمّ له رائحة منها » - إلى أن قال - بعد أن حكى عن بعضهم أنها عقد جائز : « لا عقد هنا بالكلية ، ولا عقد ، وإنما الشركة اجتماع الأموال على الوجه المذكور ، فلا معنى لوصفه بالجواز نعم البقاء على حكمها أمر جائز ، بمعنى أنه لا يجب عليه الصبر على الشركة بل يجوز رفعها و أخذ حصته ، و بعد هذا الاجتماع لا يصحّ لأحد الشركاء التصرف فيها إلا بإذن الباقيين ، المدلول عليها باللفظ الصريح ، أو الظاهر أو غيره من القرائن كثير المقام مما يعتبر فيه الأذن » .

قلت : قد يؤيد ذلك أيضاً ظاهر كلام المصنف واللمعة و غيرهما بما لم يتعرض فيها لكونها عقداً ، بل في جامع المقاصد عن فخر المحققين و أول الشهيدين تنزيل قول الفاضل - « وقيل: تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل » - على إرادة بطلان الأذن ، لا عقد الشركة ، ورد ذلك كله في الرياض تبعاً لجامع المقاصد و غيره بالاجماع ، وبأن الأصل حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه ، فيقتصر فيها على القدر المتيقن ، وهو ما دلّ عليها صريحاً من الجانبين كما نبّه عليه في التذكرة ، وعليه يصحّ إطلاق العقد عليه و أمّا الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالة عليها و الألفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه ، وعلى فرض وجوده كما يدعى من ظاهر النصوص مع عدم دلالة عليه أصلاً فلا ريب في مغايرة هذا المعنى للأول أيضاً ، لحصول الأول بامتناع المالكين قهراً من دون رضا المتشاركين وهو غير الامتناع مع الرضا به ، وبالتصرف في المالكين مطلقاً أو مقيداً على حسب ما يشترطانه ، فانكاره رأساً فاسد جداً ، ولا ينافي التباين دخول الثاني في الأول دخول الخاص في العام ، فإنه من أفرادها ، لمغايرتهما في الجملة قطعاً ، و هو كاف في أفراد الخاص عن العام في الإطلاق إلى غير ذلك من الكلمات ، خصوصاً التذكرة و خصوصاً ما في بعض كتب العامة إلا أنها جميعها من غرائب الكلام .

أما ما في الحقائق من إنكار عقد الشركة رأساً فهو واضح الفساد ، بل يمكن دعوى اجماع الخاصة والعامة على خلافه ، كما أن دعوى كون عقدها ما دلّ على جواز التصرف من كل منهما ، أو من أحدهما واضح الفساد أيضاً ، ضرورة عدم مدخلية

ذلك في الشركة بوجه من الوجوه ، بل هو داخل في قسم الوكالة ، وقد اعترف به في التذكرة ، قال فيها : « الشركة قد تقع بالاختيار ، وقد تقع بالاجبار ، وكلاهما في الأولى وهي قد تحصل بمزج المالكين بالاختيار من غير لفظ ، فلو امتزج المالكان برضاهما حصل الشركة الاختيارية ، وإن لم يكن هنا لفظ ، وأما التصرف فلا إذن فيه والمنع منه فذاك حكم زائد على مفهوم الشركة » .

و من ذلك وغيره يعلم التشويش في كلامه وكلام غيره أيضاً ، فكان السبب الذي أوقعهم في الوهم هودعوى حصول الشركة بالمزج القهري ، فمع فرض اعتبار الإمتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حينئذ ، ضرورة حصولها بالمزج المزبور ، المفيد لذلك مع القهر ، وعدم القصد به اليها ، فضلاً عما لو قصدت به اختياراً ، فلم يكن حينئذ معنى لعقدها إلا جواز التصرف ، خصوصاً مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التي هي من أقسام التجارة المبينة على العمل ، من الشريكين ، أو من أحدهما التي قد وردت النصوص بها ، وفيمن ينبغي أن يشارك وأن لا يشارك ، وغير ذلك من أحكامها ، ولعله لذا اكتفوا في صيغتها بقول اشتركتنا ، باعتبار امتناع أن يراد بإنشائه حصولها بدون مزج ، ولا المزج الذي لا يحصل باللفظ ، فتعين أن يكون معناه جواز التصرف ، وإلا لم يكن له معنى أصلاً كما صرح بذلك في جامع المقاصد ، إلا أنه لا يخفى عليك ما في ذلك ، إذ لا دلالة في قول اشتركتنا على الإذن بوجه من الوجوه ، كما أنه لا حاجة في حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلى عقد وليس من مقومات الشركة حصولها ، إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث ، بل يمكن إرادة الشركة من دون عمل أصلاً ، لغرض من الأغراض .

فالتحقيق أن يقال حينئذ بعد الإجماع على كونها عقداً : أن قول اشتركتنا لإنشاء تحقيقها وصيرورة كل من المالكين بينهما على الإشاعة ، إلا أنه يشترط في صحة ذلك تحقق المزج بعده إن لم يكن ، فهو حينئذ شرط كاشف أو ناقل ، نحو القبض في الوقف ، أو أنه جزء السبب ، ومتى حصل مزج بقصد إنشاء الشركة من دون قول تحققت ، و كانت كالمعاطاة ، بناء على جريانها فيها ، وإن كان التحقيق خلافه ، سيما مع

عدم فرق حينئذ بينهما وبين العقد إلا على احتمال الكشف ، أما المزج القهرى والمجرد عن قصد إرادة انشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصّة المشاعة في نفس الأمر وإنما يفيد الاشتباه في كل من أجزاء المال ، إلا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهرى الذى قد تقدم نظائره ، فالفرق حينئذ بين المزج القهرى والمزج الانشائى هو ما ذكرناه ، فله حينئذ إيقاع عقد الشركة بعد وقوعه ، كى يتبدل الملك ظاهراً بالملك واقماً ، بل لو سلم افادة المزج القهرى الملك في الواقع على نحو المزج الاختيارى كما هو ظاهر كلمات الأصحاب أمكن أن يقال حينئذ أنه لا مانع من صيرورته جزء سبب مثلاً ، إذا جئى به لا تمام عقد الشركة مثلاً ، بل ومن صيرورته سبباً تاماً في ذلك إذا قصد الانشاء به في المعاطاة ، ومن اتفاق حصول الشركة به قهراً فإنه لا تنافي حينئذ بينهما ، ويكفى في العقد تحققه به ، لا أنه لا تنفع الشركة بغيره ، لكن الإيصال عدم خلو ذلك من نظر بل منع .

و على كل حال بذلك يظهر لك ما في جميع كلماتهم من التشويش والاضطراب خصوصاً التذكرة وجامع المقاصد ، والمسالك ، والرياض ، وغيرها التى لا يخفى عليك حالها بعد الاحاطة بما ذكرناه ، فضلاً عما يظهر من المحكى عن ابن الجنيّد في المختلف من تحقق الشركة بالقول مع الافتراق من دون مزج ، قال : « لو تلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالكين أو بافتراق كان ما تلف من مال صاحبه ، وإن كان التلف بعد العقد والافتراق كان من مالهما جميعاً وهو كما ترى ، ومن هنا قال في المختلف بعد أن حكى ذلك عنه : « والأجود أن لا شركة إلا بالامتزاج ، والتلف قبله من صاحبه ، ومراده في محلّ القرض فتأمل ، وربما يجيب لذلك أيضاً زيادة تحقيق في مطاوى البحث .

﴿ ثم ﴾ المال ﴿ المشترك قد يكون عيناً ﴾ كما هو ظاهر ﴿ وقد يكون منفعة ﴾ بالاجارة والجنس والسكنى قيل : والوقف ، وفيه أنه إن كان على محصورين فلا شراك بالعين والا فلا اشتراك بل هو حينئذ نحو ما عرفته في حق الزكاة والخمس ، والطرق العامة ، والطرق النافذة ، ﴿ وقد يكون حقاً ﴾ كالخيار والشفعة الموروثين مثلاً والقصاص وغيرها .

﴿و﴾ أما ﴿سبب الشركة﴾ في الثلاثة ﴿قد يكون اربا﴾ كما إذا ورثنا مالا أو منفعة أو حقاً ﴿وقد يكون عقداً﴾ في الثلاثة أيضاً كما لو اشترى داراً أو استأجرها أو صالحا عن حق تحجير مثلا ، ﴿وقد يكون مزجاً﴾ في العين كما هو واضح ، بل والمنفعة فيما لو فرض استيجارهما دراهم للتزوين مثلا ، بناءً على جوازه لكل دراهم مخصوصة ، ثم مزجها بما يراة الاشتراك في المنفعة فيتحقق حينئذ اشتراكهما في المنفعة وقد يشكل ذلك بأصالة عددهما ، وإنما هو من الاشتباه لا المرجح المعتبر في تحقق الشركة فتأمل .

﴿وقد يكون حيازة﴾ بناءً على تحققها بشركة الأبدان كما عن الإسكافي أو على فرض نية كل منهما ، بأن ما يحوز له ولشريكه الموكل له على ذلك ، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك ، ﴿و﴾ لكن ﴿الأشبه﴾ عند المصنف بأصول المذهب وقواعده ﴿في الحيازة ، اختصاص كل واحد بما حازه﴾ لأصالة عدم دخوله في ملك الغير حتى مع النية ، لعدم نبوت قبول مثله النيابة ، فضلاً عما إذا لم ينو ، فانه لا وجه له إلا على جواز شركة الأبدان المعلوم بطلانها عندنا .

و من ذلك يعلم ما في المسالك « من أنه ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل بنية الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه ، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراك لأن ذلك مما يقبل النيابة » إذ قد عرفت الملك بذلك أيضاً عند المصنف .

﴿نعم لو اقتلعا شجرة أو اغترفوا ماءً دفعة﴾ بآنية واحدة أو اشتراكاً في نصب حباله الصيد المشترك ورمى السهم المثبت له ﴿تحققت الشركة﴾ حينئذ في الجملة قطعاً ، وفي المسالك « لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله ، ويختلف ذلك بالقوة والضعف ، ولو انتبه مقدار كل واحد فطريق التخاص بالصلح ، أو تملك كل واحد ما بقي له عند الآخر ، بناءً على جواز هبة المجهول » .

قلت : أو يحكم بالنصف لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر ، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوة والضعف لصدق اتحاد فعلهما في السببية ، و

اندراجهما في قوله ^(١) «من حاز ملك» ولعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز، وإن كان هو منافياً للاعتبار العقلي الذي لا يرجع الى دليل معتبر شرعاً فتأمل جيداً والله العالم .

﴿ و كل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان ، تحققت فيهما الشركة اختياراً كان المزج اتفاقاً ﴾ مقصودابه الشركة أولاً ، بلاخلاف أجده فيه ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه .

و في دعائم الاسلام ^(٢) « روينا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام أن رسول الله ﷺ أجاز الشركة في الرباع والارضين وأشرك رسول الله ﷺ علياً عليه السلام في هديه ، وإذا أراد رجلان أن يشتركا في الاموال ، فأخرج كل منهما مالا مثل مال صاحبه دفاتير أو دراهم ثم خلطتا ذلك حتى يصير مالا واحداً لا يتميز بعضهما عن بعض على أن يبيعا ويشتريا ما رأياه من انواع التجارات فما كان في ذلك من فضل كان بينهما ، وما كان من وضعية كان عليهما بالسواء . فهذه شركة صحيحة لا اختلاف علمناه فيها وليس لاحدهما أن يبيع ويشترى الامع صاحبه ، الا أن يجعل له ذلك » وإن كان يحتمل بل هو الظاهر أن قوله « وإذا » الى آخره من مصنفها ، لا فيمارواه عن جعفر بن محمد عليه السلام ، إلا أنه على كل حال فيه شهادة على المزج في الجملة .

لكن قد عرفت سابقاً الفرق بين المزج الاختياري المقصود فيه الشركة وغيره بالملك مشاعاً في نفس الامر في الأول ، بخلاف الثاني وإن عومل معاملته في الاحكام إلا أنه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لاحدهما لم يكن للآخر شركة فيه ، بل لو فرض بقاء ما ليس هو إلا لاحدهما امكن حينئذ اتيان القرعة عند القائل بها في مثله ، و قسمته بينهما من الصلح القهري عند غيره ، على نحو ماسمعته في نظائره في كتاب الصلح والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فلاخلاف في أنه ﴿ يشب ذلك في المالين المتماثلين في

(١) لم نعر بهذا اللفظ في أحاديث الخاصة ولا العامة .

(٢) الدعائم ج ٢ ص ٨٥ فصل الشركة .

الجنس والصفة ﴿ أي بالمزج الرافع للامتياز بينهما الذي قد عرفت سببته للشركة فلو تخلف أحدهما تحقق الامتياز المنافي للشركة ، فلا يكفي حينئذ مزج الحنطة بالشعير ولا الدخن ^(١) بالسمسم ، وإن عسر التخلص ، والدراهم بالدنانير ، بل ولا الحنطة الحمراء بالبيضاء ، والصغيرة الحب بالكبيرة والدراهم الصحيحة بغيرها ، وهو ذلك مما لم يرتفع التمييز فيها بالمزج الذي هو سبب الشركة إذا كان على الوجه المزبور .

﴿ سواء كانا ﴾ أي المملان ﴿ أثمانا ﴾ أي ذهباً وفضة ﴿ أو عروضاً ﴾ كالأدهان وغيرها من المايعات بل والحنطة والشعير والذرة والسمسم ونحوها خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط فمنع من الشركة في المروض إلا في المكيل والموزون وما عن الاسكافي من إطلاق عدم صحة الشركة إذا كان لكل واحد منهما مبيع ، إلا أن يتعاضداً بمتاغيهما فيبيع هذا نصف متاعه بنصف متاع هذا ، وإن كان يمكن تنزيل كلام الأخير منهما على ما لا يحصل معه الإمتزاج الرافع للامتياز .

ثم المراد من عدم التمييز كونه في الظاهر كذلك لا في نفس الأمر ، فإن الأجسام لا تتداخل في المايعات ، فضلاً عن غيرها لكن في الرياض بعد أن اعترف بأنه المستفاد من كلمات الأصحاب سيما معقد إجماع التذكرة قال : « وهو مناف لما ذكرناه في التعريف من أنها اجتماع حقوق على الإشاعة ، فإن الظاهر منها حيث تطلق أن لا يفرض جزء إلا وفيه حق لهما وبه صرح الفاضل المقداد في شرح الكتاب ، بل صرح فيه بعدم حصول الشركة بمزج الحنطة والذرة والدخن والسمسم ونحوها بمثلها ، بل حصراً في مثل الادقة والأدهان بمثلها ولكن الظاهر عدم استقامة ما ذكره على طريقة الأصحاب ، لانفاقهم في الظاهر على عدم اشتراط عدم التمييز النفس الأمري مع أن اشتراطه في نحو الأثمان مخالف لطريقة المسلمين في الأعصار والأعصار ، لا لهم لا يزالان يتشاركون فيها من زمن النبي ﷺ إلى زماننا هذا من غير تكبير

(١) (الدخن) كقفل : حب صغير الملس جداً . - أقرب المواد . -

في صقع من الاصقاع ، و عصر من الأعصار ، فكان إجماعاً ، و قد به عليه في التذكرة بقى الكلام في التوفيق بين التعريف وما هنا ، و الخطب سهل بعد الإجماع على ما هنا ، لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار الإشاعة بالمعنى المتقدم ، مع احتمال إرادتهم منها هناك عدم التمييز المطلق .

قلت : و فيه أولاً : أن عدم التمييز في نفس الأمر لا يتم في الأدهان ، ولا في غيرها كما سمعت .

و ثانياً : أن التعريف للشركة الشرعية الموجبة للملك على الإشاعة التي قد ذكروا أسبابها بعد تعريفها ، ولا ريب في أن المراد منها المعنى الأول ، لعدم التمييز كما هو واضح لا يشتهر على من له أدنى تحصيل ، و ما حكاه في التنقيح لم أجده فيما حضرني من نسخته قال : و الفائدة الثانية الشركة أمر حادث و كل حادث لا بد له من سبب و السبب هنا قد يكون إرنا ، و قد يكون حيازة كما لو اقتلما شجرة أو اغترقا ماء بآنية و قد يكون مزجاً كما إذا مزجت الأجزاء المتساوية المصفرة بحيث لا يمتاز جزء عن جزء كالأدقة و الأدهان ، لا كالخنطة و الذرة و الدخن و السمسم ، و الدراهم الجدد و العتق ، ثم قال : الفائدة الثالثة : إنما قيد الاجتماع على وجه الشباع ، احترازاً عن اجتماع لا يحصل فيه ذلك و المراد فيه بالشباع أن لا يفرض جزء الا وفيه حق لهما .

و هو كما ترى أجنبي عما حكاه عنه ، ضرورة كون مراده عدم تحققها مع التمييز ، كمزج الخنطة بالذرة ، و الدخن بالسمسم ، و الدراهم الجديدة بالعتيقة ، ولذا أفردها و جمع الأدهان و الأدقة ، لا بأمثالها التي من ضرورة المذهب تحقق الشركة فيها بالامتزاج و أما ما ذكره من تفسير الشباع فهو في محله ، لا أنه يريد تماميته في مثل الدقيق دون غيره كما هو واضح بأدنى تأمل ، خصوصاً مع ملاحظة كونه أجل من أن يقع في هذا الوهم الذي لا ينبغي جوازه على أساغر الطلبة .

إنما الكلام في اعتبار المثلية إذا كانت بالمزج فيها كما هو ظاهر المصنف بل قيل : هو صريح قوله ﴿أما مالا مثل له ، كالثوب و الخشب و العبد فلا تتحقق فيه

بالمزج ، بل قد تحصل بالإرث أو أحد العقود النافلة كالايتباع والاستيهاب ﴿ ولعله لأصالة بقاء كل على ملك مالكة ، المقنصر في الخروج عنها على المتيقن الذي هو المزج في المثليات دون غيرها ، لكن في الرياض بعد أن حكى ذلك عن المصنف هنا قال : « وفقاً للمبسوط والاسكافي ، إلا أنه أطلق ، ولكن معلوم النسب لا يقدح خروجه بالاجماع ، ومع ذلك يضعف بتحقيق المزج على الوجه المتقدم في كثير منها ، كالتياب المتعددة المتقاربة الاوصاف ، والخشب كذلك ، ونحوهما ، فيتحقق الشركة ، فإن ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز ، ولا خصوصية للقيمي والمثلي في ذلك وقد حصل . ولا يخفى عليك ما في الثاني من المصادرة الواضحة .

نعم لو كان في الأدلة ما يقتضي إطلاق تحققها بالمزج الراجع للامتياز ، إتجه حينئذ الاستدلال بإطلاقه ، ولكن لم نثر على ذلك ، اللهم إلا أن يستدل بإطلاق « اوفوا بالعقود » ^(١) المقنضي لتحقيقها في جميع افراد الشك ، أو باطلاق معقدهوى الاجماع على ذلك إلا أنا لم نتحققه .

نعم في التذكرة وأما العروض فعمدنا تجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور ، أي المزج الراجع للامتياز ، سواء كانت من ذوات الأمتال ، أو من ذوات القيمة ، وهو ليس اجماعاً صريحاً ، مع أنك قد سمعت ما حكاه عن الشيخ والاسكافي ، وإن كان قد سمعت كلامهما سابقاً ، ولو سلم الإجماع على ذلك فليس في كلام المصنف صراحة فيما ينفيه ، خصوصاً بعد قوله سابقاً « وكل مالين مزج أحدهما بالآخر » إلى آخره الشامل للقيمي والمثلي ، بل قوله أيضاً « وثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة كذلك » أيضاً ضرورة صدق ذلك على القيميات ، لكن قوله « أما ما لا مثل له » إلى آخره قد يظهر منه ذلك ، إلا أنه من المحتمل إرادته عدم تحققها بالثوب والخشب والعبد ، باعتبار عدم المزج فيها الراجع للامتياز ، فهو حينئذ لبيان ما احتراز به من اعتبار المزج الراجع للامتياز ، على أن مثل هذه لا يتحقق فيها الشركة بمزجها باعتبار عدم

(١) سورة المائدة الآية - ١ .

ارتفاع الامتياز بمزجها كما هو واضح . وربما يوصى اليه افراد الثوب والعبد اذ لو كان المراد الثوب في الثياب والعبد في العبيد و الخشب في الاخشاب لناسب التعبير بالجمع . نعم قديقال: إن المتيقن من الفتاوى ومعاهد الاجماع في سبب الشركة المزجية هو ما يتحقق فيها صدق المزج الراجع للامتياز بسببه ، فمتى لم يحصل صدق المزج ، كالدر والبساتين والعبد في العبد والجمل في الجمل والفرس في الفرس ونحو ذلك ، لم يتحقق الشركة المزجية ، اذ هو من الاشتباه - لا الامتزاج - الشبيه بالتداخل عرفا كما في المايعات و ذوات الاجزاء الصغيرة من الحبوب و نحوها مع فرض الكثرة من الجانبين ، و بالجملة المدار في حصولها على ذلك من غير فرق بين المثلي والقيمي ، كالمصوغات الصغيرة مثل حب الذهب ونحوه ، ضرورة صدق امتزاجها على وجه يرتفع الامتياز بينها ، بل إن لم يقم اجماع أمكن القول بتحقيق الشركة بامتزاج الشخصين المتحددين في الاوصاف الخارجية ، و ان كانا من جنسين كالقرمز مع بعض الأصباغ المساوية له في اللون ، والعسل وبعض افراد الدّبس ونحو ذلك .

واعتبار بعض اتحاد الجنس والوصف انما هو للاحتراز عما لا يرتفع بالامتزاج امتيازه من مختلفهما ، بخلاف محلّ الفرض ، اللهم إلا أن يقال : إن ذلك من متعسر التخلص بالامتزاج ، كالدهن مع الدبس مثلا ، لانما رفع امتزاجه امتيازه ، و صيره كالمال المتحد باعتبار اتحاده معه في الجنس والصفة ، مع أنه ايضاً كما ترى للنظر فيه مجال . بل قد يقال بتحقيقها في متعذر التخلص ايضاً كل على نسبة قيمة ماله كما في المثليات والقيميات الممزجة المفروض اختلاف قيمتها على معنى ضرورة ذلك المال مشتركايينهما على نسبة قيمة ماله ، لأن المشترك بينهما قيمتهما الوهمية دونهما . و بالجملة كلامهم في ذلك غير منقح ، و قد عرفت ما تقتضيه الأصول ﴿ و ﴾ القواعد في محالّ الشك .

كما أنه غير خفي عليك فيما ﴿ لو أراد الشركة فيما لا مثل له ﴾ وغيره مما لا يتحقق فيه بالامتزاج لعدم ارتفاع امتيازه به ، ﴿ باع كل واحد منهما حصته مما في يده ، بحصته مما في يد الآخر ﴾ أو وهب كل منهما كذلك ، أو باعها بشئ اشترى

الأخرى به منه ، أو غير ذلك ، بل قد يستفاد من النصوص تحققها في مال اشترى بثمن معين مثلاً بقول « شركتك فيه » على معنى ارادة نقل نصفه مثلاً اليه بنصف الثمن ، وبقول « الربح بينى وبينك » فيه ، ونحو ذلك .

قال محمد بن مسلم في الموثق : ^(١) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة وليس عنده نقدها ، فاتى رجلاً من أصحابه ، فقال : يا فلان انقد عني ثمن هذه الدابة والربح بينى وبينك ، فنقد عنه فنقدت الدابة ، قال : ثمنها عليهما ، لأنه لو كان ربها لكان بينهما » ونحوه غيره ، والله العالم .

ولا تصح الشركة بالأعمال كالخياطة والنساجة * بخلاف معتد به أجده في بيننا ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر من غير فرق بين اتحاد عملهما واختلافه ، ولا بين كون العمل في مال مملوك ، أو تحصيل مباح من حطب وحشيش ونحوهما ، للأصل السالم عن معارضته ^(٢) « أوفوا بالعقود » ، بعدما عرفت ، والتراضي بمالم يثبت شرعيته غير مجد ، والمراد بالتجارة عنه ما ثبتت التمسك به شرعاً .

و ما يحكى ^(٣) « من شركة سعد بن أبي وقاص ، و عبدالله بن مسعود ، و عمار بن ياسر فيما يفتنونه ، فاتى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء فأقرهم النبي ﷺ و شركهم جميعاً » غير ثابت ، مع إمكان أن يكون ذلك يوم بدر الذي غنائه على ما صرح في التذكرة - للنبي ﷺ ، فيمكن أن يكون ذلك منه هبة لهم ، بل يمكن غير ذلك أيضاً .

ومن هنا اتفق أهل الحق على عدم الشركة بذلك عدا ما يحكى عن ابن جنيد منهم مع أن المحكى عنه في المختلف انه قال : « لو اشترك رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما جاز ذلك ، ولو اشترك رجلان فكان من عند أحدهما بذر

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب أحكام الشركة الحديث ٢ - .

(٢) سورة المائدة الآية - ١ .

(٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ٧٩ .

و بقر ، و على الآخر العمل والخراج كانت الشركة جائزة بينهما ولو اشترك رجلان على أن يعملوا عملاً لكل واحد منهما فيه عمل منفرداً ، و أن تكون أيديهما جميعاً في العمل و تقسم الأجرة بينهما لم أجز ذلك ، لأن الأجرة عوض عن عمل فإذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستحقه ، وإن تشاركوا الفضل ونحالا ، أو تضمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الآخر من غير شركة جاز ذلك .

و هو كما ترى صريح في عدم الجواز ، لكن في المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال : « و الوجه البطلان ، لنا اجماع الفرقة و خلاف ابن الجنيدي غير معتد به لانقراضه بحصول الاتفاق بعده ، و لأن الأصل عدم الشركة و بقاء حق كل واحد عليه ، ولانه غرر عظيم ، و لأن الشركة عقد شرعي ، فيقف على الاذن فيه ، و يمكن أن يريد ما ذكره أولاً من شركة الوجوه ، ولكن قد يقال : إنه يمكن صحة ما ذكره بالتوكيل من كل منهما على الإتيان و البيع ، كما أن ما ذكره ثانياً يمكن كونه من باب المزارعة ، و حينئذ فلا يكون خلاف منه ، بل تنفق كلمة اهل الحق على البطلان ، وإن اشتهر نقل ذلك عنه ، بل المعروف في الحكاية عن الشافعي موافقته على ذلك ، و إنما المخالف أبو حنيفة ، ومالك ، و ابن حنبل على اختلاف فيما بينهما أيضاً في تعيين الجائز من ذلك ، و حيث كان الجميع عندنا باطلاً ، لم تكن ثم فائدة يعتد بها في التعرض الى ذلك ، و حينئذ فيختص كل منهما بما اكتسبه ، ولا يشاركه الآخر فيه ﴿ نعم ، لو عملاً معاً لواحد ﴾ مثلاً ﴿ بأجرة ، و دفع اليهما شيئاً واحداً عوضاً عن أجرتهما ﴾ التي وقعت في عقد استيجارهما على العمل دفعة ﴿ تحققت الشركة ﴾ حينئذ ﴿ في ذلك الشيء ﴾ إلا أنها ليست من شركة الاعمال ، بل هي من شركة الاموال فحومالو أجر كل منهما نفسه منفرداً ، ثم ادعى المستأجر اليهما مالا مشتركا ، فإن الشركة في المال خاصة قطعاً ، و حينئذ فلا اشكال في جوازها من غير فرق بين اختلاف عملهما و اتفاقه ، ولا بين علمهما بنسبة أحد العاملين إلى الآخر وعدمه ، لأن الاعتبار في الصفقة بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء ، و اجرة المجموع هنا

معلومة، فيقسم عليهما على نسبة العمل، بأن ينسب أجرة مثل عمل أحدهما إلى أجرة مثل العاملين ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة، ومع الجهل بالنسبة يحتمل التساوى والصلح كالمالين الممتزجين المجهول قند كل منهما والله العالم.

﴿ولا﴾ تصح أيضاً الشركة ﴿بالوجوه﴾ المفسرة في الأشهر باشتراك وجهين، لآمال لهما بعقد لفظي، على أن ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبتاعان ويبيعان، ويؤديان الأثمان، وما فضل فهو لهما، وقيل: أن يبتاع وجه في الذمة، ويفوض بيعه إلى خامل ويشترط أن يكون الربح بينهما، وقيل: أن يشترك وجه لآماله، وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجه، والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجه، والربح بينهما، وقيل: أن يبيع الوجه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له.

﴿ولا شركة﴾ عندنا ﴿في المفاوضة﴾ التي هي اشتراك شخصين فيما يغتمان به من ربح، وإرث، ولقطة، وركاز، وغير ذلك، ويفرمان من أرض جنائية وضمان غصب، وقيمة متلف، وغير ذلك مطلقاً، فهما كما عن بعض أو باستثناء قوت اليوم، وثياب البدن والخادم وبذل الخلع والصداق والجنابة على الحر، لعدم الدليل عليها عندنا، بل الإجماع بقسميه على فسادها، كالشركة بالمعنيين الأولين.

﴿وإنما تصح﴾ عندنا ﴿بالأموال﴾ بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه أيضاً على الصحة فيها، وهي المسمّاة بشركة العنان، من عنان الدابة، أو من «عن» إذا ظهر، أو من «المعانة» بمعنى المعاوضة، لا مكان تقرير وجه المناسبة في الجميع، والامر فيه سهل وإن أطنبوا فيه؛ لكن لا ثمرة معتد بها فيه.

إنما الكلام فيما في المسالك. فإنه بعد أن ذكر تفسيرات شركة الوجوه قال: «والكل عندنا باطل، خلافاً لابن الجنيّد، فإنه جوزها بالمعنى الأول ولأبي حنيفة مطلقاً حينئذٍ فإذا أذن أحدهما للآخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء لهما، فكانا شريكين، لأنه بمنزلة التوكيل، وقد اشترى بأذنه فيشترط شروط الوكالة، وإذا كان المال لأحدهما وباع الآخر سواء كان خاملاً أو لا، صح البيع بوكالة المالك،

و للمباشرة أجرة المثل لعمله ، ولا شيء له في الربح .
 وكأنه أخذ ذلك معا في جامع المقاصد قال : « وأما شركة الوجوه فإن أحدهما
 إذا اشترى من دون توكيل الآخر له أومع قصد اختصاصه به ، فلا حق للآخر في
 الربح ، وإن وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة العنان » كما أنه قبل ذلك بعد أن
 ذكر الاجماع على بطلان ما عدا شركة العنان من الاقسام الثلاثة ، قال :
 « والمراد ببطلانها عدم ترتب آثارها عليها ، أما شركة الابدان فلا تنهما إن عملا
 كان لكل منهما أجرة عمله إن تميزا ، قليلة كانت أو كثيرة ، ومع الاشتباه فسيأتي
 أن الأصح الصلح ، وإن كان مع ذلك فيه معنى شركة العنان لامتزاج المالين ، و
 إن عمل أحدهما فلا شيء للآخر في أجرة عمله ، وأما شركة المفاوضة فلا نكل ما
 انفرد به أحد الشريكين من تجدد مال أو ثبوت غرم ، فهو مختص به ، ولو كان في
 مال أحدهما المجدد من جنسه مال للآخر فسدت شركة المفاوضة ، وانقلبت إلى شركة
 العنان » .

قلت : محل البحث بين الاصحاب ومن أجاز ذلك من العامة مشروعية عقد
 شركة على أحد الوجوه الثلاثة على حسب شركة العنان وعنده ، و اتفاق مصداق من
 مصدايقها مع مصداق الوكالة لا يقضى بجوازها مع فرض عدم قصد الوكالة ، وعدم
 ارادتها ، وإنما المراد عقد شركة على هذا الوجه الذي يصح أن يكون مورداً للوكالة
 لو قصدت به .

و من ذلك يظهر لك ما في المحكي عن الأردبيلي ، فانه بعد أن حكى عن
 التذكرة بطلان شركة الابدان عندنا ، سواء اتفق عملهما أو اختلف ، و سواء كانت
 الصنعة البدنية في مال مملوك ، أو في تحصيل مباح كالاصطياد والاحتشاش قال :
 « ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع ، فإن كان فهو ، و الا فلأمانع ،
 فانه يرجع إلى الوكالة في بعض الامور وتمليك مال في البعض الآخر ، وبذلك نفس وعمل
 في مقابلة عوض ، ولا مانع منه في العقل والشرع ، و لهذا جواز بعض أقسامها بعض
 العامة » - ثم نقل عنه ايضا - « أن شركة المفاوضة عندنا باطلة ، وليس لها أصل

و به قال الشافعي ومالك ثم نقل عنه أيضاً في شركة الوجوه انها عندنا باطلة و به قال الشافعي ومالك ثم قال : « و البحث فيها مثل ما تقدم فتأمل » .

و فيه ما لا يخفى عليك من الخروج عن محل النزاع إذا فرض كون المقصود لهما المعنى الصحيح وإن سموه باسم الفاسد ، ومن البطلان إذا أراد تأثير عقد الشركة الذي أوقعه ذلك ، وإن اتفق في بعض الأحوال اتحاد مصداقه مع مصداق مفهوم الصحيح الذي لم يكن مقصوداً لهما ، بل به يظهر فساد ما وقع من جوازها من العامة معللاً برجوعها إلى الوكالة ، أو نحوها مما هو صحيح ، إذ قد عرفت حقيقة الحال والله العالم .

﴿ و يتساوى الشريكان في الربح و الخسران مع تساويه ﴾ أي المشترك بينهما بأن كان لكل منهما نصفه ، ﴿ و لو كان لأحدهما زيادة ، كان لعن الربح بقدر رأس ماله ، و كذا عليه من الخسارة ﴾ بخلاف في شيء من ذلك ، مع اتفاقهما في العمل ، أو اختلافهما فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، و السنة مستفيضة أو متواترة فيه ، مضافاً إلى اقتضاء أصول المذهب وقواعده في المشاع ذلك ، بل هو مقتضى الأصول العقلية أيضاً .

و ما عن بعض العامة من منع الشركة مع عدم استواء المالكين في القدر ، وفرض اتفاقهما في العمل ، قياساً على ما لو اختلفا في الربح واتفقا في المال - مدفوع بأن المعتبر في الربح المال ، و العمل تابع ، فلا يضر اختلافه ، كما يجوز مع استوائهما في المال عند الكل ﴿ و ﴾ إن عمل أحدهما أكثر .

إنما الكلام فيما ﴿ لو شرط لأحدهما ﴾ في عقد الشركة ﴿ زيادة في الربح مع تساوى المالكين أو التساوي في الربح و الخسران مع تفاوت المالكين ﴾ مع عدم مقابلة ذلك بعمل ﴿ قيل ﴾ و القائل الشيخ ، و ابن ادریس ، و زهرة ، و القاضي ، و جماعة ، بل عن السيد منهم الإجماع عليه كما عن ابن ادریس نسبته إلى الأكثر ﴿ تبطل الشركة اعني الشرط و التصرف الموقوف عليه ، و يأخذ كل واحد ﴾ منهما ﴿ ربح ماله ، و لكل منهما أجرة مثل عمله ، بعد وضع ما قابل عمله في ماله ، وقيل : ﴾ و القائل المرفضي و الفاضل ، و الدودولده ﴿ تصح الشركة و الشرط ﴾ بل عن الأول منهم دعوى الإجماع

عليه ، وقيل : و القائل أبو الصلاح في المحكي عنه نصح الشركة دون الشرط الذي هو إنما يفيد الإباحة لها لا ملكها ، فيجوز الرجوع فيها مادامت عينها باقية .

﴿والأول أظهر﴾ عند المصنف و جماعة ممن تأخر عنه ، لا تأكل مال بالباطل ، باعتبار عدم مقابلة الزيادة لمعوض ، لكون القرض أنها ليست في مقابل عمل ، و لا وقع اشتراطها في عقد معاوضة ، لتضم أحد العوضين ولا اقتضى تملكها عقدياً ، والأسباب الممنوعة للملك معدودة ، وليس هذا أحدها ، ولا هو إباحة للزيادة إذ الشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له ، فيكون اشتراطها اشتراطاً تملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك ، كما لو دفع إليه دابة ليحمل عليها والحاصل لهما فيكون باطلاً ، فيبطل العقد المتضمن له ، إذ لم يقع التراضي بالشركة ولا في التصرف إلا على ذلك التقدير ، فلا يندرج في قوله تعالى «أو فوا بالعقود» ، ولا في قوله «المتكلمة» المؤمنين عند شروطهم ، خصوصاً مع الجواز في عقد الشركة المنافي للزوم المستفاد من الآية والرواية وأما عدم الدراجة في قوله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض» ، فظاهر إذ الشركة ليست من التجارة في شيء إذ هي مقابلة مال بمال ، وهذا الشرط ليس تجارة أيضاً ، لعدم تضمته معاوضة ومجرد التراضي غير كاف في الزوم ، بل غاية الإباحة ، ولا كلام في الجواز بها ، ولكنه غير مفروض المسألة لعدم استناده إلى عقد الشركة ، ومع ذلك الإباحة في صورة جهلها بفساد الشرط محل مناقشة بل منع .

نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجارة حينئذ ، لأن العمل مال ، فهو في معنى القراض كما تبه عليه المصنف بقوله ﴿هذا إذا عملا في المال ، أما لو كان العامل أحدهما ، و شرطت الزيادة للعامل صح» ، وكان بالقراض أشبه ﴿بل لا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة ، بل ولا في جوازه مع العمل منهما أيضاً و شرطت الزيادة لمن زاد عمله على الآخر ، - وإن كان ظاهر العبارة يوهم خلافه .

و بذلك كله ظهر لك دليل القولين الأخيرين وفساده ، حتى الإجماع المحكي للثاني منهما المعارض بإجماع ابن زهرة المعتضد بالنسبة إلى الأكثر و بما سمعت ، ولكن مع ذلك للنظر في جميع ما عرفت مجال ، و ذلك لأن الاتفاق على الجواز

في صورتين المزبورين ليس هو الاشتراط المزبور إذ ليس ذلك قرأناً قطعاً لعدم قصده أولاً وعدم تماميته في الصورة الثانية منهما ثانياً وعدم اعتبار ما يعتبر في القراض من كونه نقداً في الصحة هنا ثالثاً فليس حينئذٍ إلا الشرط المزبور وهو كما أنه قابل للتمليك في مقابلة العمل أو زيادته قابل للتمليك مجتأناً ، المتحقق شرعاً بالهبة ، وغيرها ، فلا يكون إلا كل به حينئذٍ أكلاً بالباطل بل هو بالسبب الصحيح الشرعي الذي هو الشرط وأحد الأسباب المملكة .

ودعوى - كونه في مثل هذا العقد الذي مفاده الإذن خاصة لا يفيد ملكاً ، إذ هو كعقد العارية - يدفعها أنه كذلك مع اشتراطها للعامل خاصة كما أن دعوى كون عقد الشركة من الجائر ، فلا تشملها الآية ولا الرواية مشترك الإلزام مبني أيضاً على أن المراد من عقدها المشترط فيه ذلك إنما هو العقد المشتعل على الإذن في التصرف لا عقد إنشاء الشركة الذي قد مناه سابقاً ، فإنه لا لازم لابتنافيه بطلان الشركة بالتسمة كما لا ينافي لزوم البيع الاقالة ، وأما منع كونه تجارة عن تراص بمعنى تكسب ولو لأحدهما بالطريق المزبور فواضح المنع ، هذا .

مع أنه قد يقال في صورة تساويهما في العمل وشرطت الزيادة لأحدهما ، واختلافهما وشرطت لأدناهما ، بالصحة ، بناء على ما ذكره ، لمقابلتها حينئذٍ بالعمل ممن اشترطت له ، وأما الآخر فهو متبرع بعمله لم يرد في مقابلته شيء ، إذ لا امتناع في أن يعمل أحدهما بعوض والآخر بلا عوض .

هذا كله مما شاة مع الخصم ، وإلا فالمتبج الصحة مطلقاً ، حتى إذا لم يعمل ، بل نعى المال في نفسه ، فمافي القواعد من اشتراط الصحة بذلك قال « ولو شرط التفاوت مع تساوي المالين أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملاً أو أحدهما سواء شرطت الزيادة له أو للآخر » في غير محله ، ضرورة انحصار السبب في استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقق في صورتين كما هو واضح ، وبذلك كله ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب كالكركي و ثاني الشهيدين وأتباعهما فلاحظ وتأمل .

مضافاً إلى ما عساه يستفاد من بعض النصوص ^(١) المتقدمة في كتاب الصلح الدالة على جواز اشتراط رأس المال لأحد الشريكين . وللآخر الربح وعليه الخسران التي قد سمعت تفضيل الكلام فيها ، و إلى بعض النصوص ^(٢) المتضمنة للمشاركة في الجارية ، على أن يكون بعض الشريك شريكاً في الربح دون الخسران ، وإن حملها بعض الناس على معنى آخر .

بقي الكلام فيما ذكره المصنف وغيره من قسمة الربح على المالكين ، بناء على البطلان ، إذ هو غير تام بناء على اقتضاء بطلان عقد الشركة بمعنى الاذن ، لصيرورة التصرف حينئذ فضولياً فلا ربح ، نعم هو كذلك مع فرض الاجارة ، اللهم إلا أن يراد ربح ما حصل من التصرف من كل منهما أي ماله ، وأما الأجرة لكل المتبرع منهما عمله في المال بنقل و نحوه ، فالوجه فيها احترام عمل المسلم ، واقدام المتبرع منهما بزعم صحة العقد مع فرض بطلاتها لم يكن منه تبرع ، لكن قد يقال بمنع الأجرة مع ذلك لأصالة البراعة .

نعم هو كذلك بالنسبة إلى من شرطت الزيادة له باعتبار صيرورته كالقراض الفاسد ، فإن العامل يستحق الأجرة فيه ، لأن « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » فكذا هنا ، أما من لم يشترط لعمله شيء فهو في حكم المتبرع على تقديرى الصحة والفساد ، اللهم إلا أن يقال ان الشريك كذلك مع فرض صحة عقد الشركة المقضي لذلك لامع فساده ، إذ هو حينئذ عمل وقع من المسلم لا عوض له بزعم صحة الشركة فمع بيان فسادها يبقى مضموناً على من وصل إليه .

و كشف الحال في أصل المسألة أن ظاهرهم عدم رجوع أحد منهم على الآخر بأجرة عمله مع حصول عقد الشركة منهما ، بناء منهم على أن مقتضى عقد الشركة ذلك ، بل لعل ظاهرهم ذلك في صورة وقوع العمل من أحدهما أيضاً .

(١) الوسائل الباب ٤- من ابواب احكام الصلح .

(٢) الوسائل الباب ٣- من ابواب أحكام الشركة الحديث ٨-

و إن كان قد يناقش في أصل اقتضاء عقد الشركة ذلك ، بناء على ثبوته بالمعنى المزبور ، أما على تقدير عدمه فالمتجه حينئذ ثبوتها ، لقاعدة احترام عمل المسلم الواقع باذن من عمل له ، كما أن المتجه ذلك أيضاً لو وقع العمل بزعم صحة عقد الشركة المقتضى لمجانبة العمل ، فمع بيان فساده يتجه الأجرة ، للقاعدة المزبورة أيضاً ، اللهم إلا أن تكون معارضة بقاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده » مع إمكان منع ذلك هنا بأن يقال : إن عدم الأجرة إنما هو لظهور التبرع منهما ، لأنه من مقتضيات عقد الشركة كي يتجه انبان القاعدة .

نعم قد عرفت النظر في أصل ثبوت هذا العقد عندنا ، فضلاً عن دعوى اقتضائه التبرع بذاته ، وربما يؤيده قول المصنف هنا أغنى الشرط والتصرف ، كالمحكي عن أول الشهيدين ، وفخر المحققين من أن المراد من البطلان هنا بطلان الإذن ، لأن الشركة العنانية الحاصلة بالمرج مع العقد لا توصف بالصحة والبطلان ، لعدم إمكان وقوعها على وجهين ، وإن نظر فيه في المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأن الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه أي كونه عقداً ثمرته الإذن في التصرف و توصف بالصحة والبطلان ، بل ليس الغرض من الشركة في الأموال إلا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه اللهم إلا أن يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المزبور هي العنانية كما يظهر من التذكرة أنها مركبة من مزج المالين و العقد ، لكن يشكل بأنها إذا لم تكن شركة فهي أحد الأقسام الأخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان و انحصار مطلق الشركة في المذكورات ، وغاية ما ينزّل أنها تطلق على المعنيين معاً لكنها في الثاني أظهر .

قلت : لكن قد عرفت فيما تقدم فساد ، إن لم يكن اجماعاً بما لا مزيد عليه كما أنك قد عرفت هنا وصف الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه بالصحة والفساد ، و أن صحيحها مقتضى للملك على الأشاعة في نفس الأمر بخلاف فاسدها فانها إشاعة في الظاهر لا الواقع فتأمل جيداً .

✽ وإذا اشترك المال ✽ بأحد أسبابه السابقة عدا ما كان بالعقد منها بناء على

اقتضائه الإذن ﴿ لم يجوز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا مع إذن الباقيين ﴾ لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، ومجرد اشتراك المال لا يدل عليها وإن كان بالمرج الإختياري المراد به حصول الشركة ﴿ فإن حصل الإذن لأحدهم تصرف هو دون الباقيين ﴾ لحصولها بالنسبة إليه دونهم .

﴿و﴾ لكن ﴿ يقتصر من التصرف على ما أذن له ﴾ فيه ﴿ فإن أطلق له الإذن ﴾ في التصرف جاز ، لأن الإطلاق في ذلك غير مناف لعدم الضررفيه و ﴿ تصرف كيف شاء ﴾ من وجوه التجارة والاسترباح الغالبة المنزل عليها الإطلاق ، لكن في جامع المقاصد والمسالك تقييد ذلك بالمصلحة كالوكيل المطلق ، فيتصرف حينئذ مع ما يبيع وشراعى مرابحةً ومساوية ، وتولية ، ومواضعة ، وقبض وأقباض ، وحوالة واحتيال ، و رد بالمعيب ونحو ذلك .

نعم يقوى عدم جواز السفر له بالمال ، لما فيه من الخطر المانع من الحكم بتناول الإذن له فيه ، بل في جامع المقاصد « وكذا لا يجوز مكاتبه عبد الشركة ولا إعتاقه على مال ، ولا تزويجه ولا المحاباة بمال الشركة ولا إقراضه ، ولا المضاربة ونحوه ، لأن ذلك كله ليس من توابع التجارة الغالبة ، أي المنزل عليها الإطلاق ، نعم لو اقتضت المصلحة شيئاً من ذلك ولم يتيسر استئذان الشريك جاز فعله » .

قلت : لاحظ للفقهاء في حصر أنواع التصرف المستفاد من الإطلاق جواز فعلها للمأذون ، ضرورة الاختلاف في ذلك زماناً ومكاناً وحالاً ، إما الكلام في اعتبار المصلحة في الجواز أو يكفي فيه عدم المفسدة ، وجهان لا يخلو ثانيهما من قوة وفيما ذكره من جواز فعل ما لم يتناوله الإطلاق مع اقتضاء المصلحة ، وعدم تيسر إذن الشريك ضرورة عدم كفايتها مع فرض عدم تناول الإطلاق ، ودعوى شموله لها معها منافية لاعتبار عدم تيسر إذن الشريك ضرورة الجواز حينئذ بدونها وإن تيسرت ، فالمتجه حينئذ الحكم بفضولية كل مال يشمل الإطلاق ، سواء كان فيه مصلحة أو لا ، إلا ما يرجع منه إلى حكم الأمين من حيث كونه أميناً والله العالم .

﴿ ولوعين له السفر في جهة ، لم يجوز له الأخذ في غيرها . أو نوعاً من التجارة

لم يتعد إلى سواها ﴿ سواء نهاء عن غيرها أم لا لأن عدم الإذن كاف في عدم الجواز لكن لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة ، لعدم بطلان الإذن بذلك ، اللهم إلا أن يفرض تقيدها به ، فيكون فضولياً حينئذ كما أنه لو خالف في نوع التجارة كان كذلك أيضاً ويضمن أيضاً الوعين غاية للجهة التي قد أذن بالسفر إليها ، فتجاوزها في تلك الجهة ، إلا أن الظاهر كون الضمان فيها وفيما شابه ذلك إنما هو لو تلف بما لم يأذن له فيه ، أو بغيره مما تضمن به الأمانة مع التعدي فيها ، ولا ينافي ذلك بقاء الإذن في التصرف ، أما لو خسر مثلاً فيما هو مأذون فيه فلا ضمان على الظاهر ، للأصل . ﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك أنه ﴿ لو أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه جاز لهما التصرف و ان انفردا ﴾ لا إطلاق الإذن ﴿و﴾ عدم ما يدل على تقييدها بذلك نعم ﴿ لو شرط الاجتماع لم يجز الافراد ﴾ الذي لم يؤذن فيه ﴿ ولو تعدى المتصرف ما حدد له ضمن ﴾ لقاعدة اليد و غيرها . من غير فرق في التعدي بين أن يكون لعدم تناول الإطلاق الإذن أو لمخالفة خصوص ما نص عليه وفي المحدود بين أن يكون نوع التجارة وزمانها ومكانها وغير ذلك .

﴿و لكل من الشركاء الرجوع في الإذن﴾ الذي هو كالتوكيل ﴿و المطالبة بالقسمة لأنها غير لازمة ﴾ على وجه يجب الاستدانة عليها ، إذ الناس مسلطون على أموالهم ، بأنواع التسلط الذي منه أقرانه عن غيره ، وفي المسالك جعل ذلك من المصنف إشارة إلى معنى الشركة : فإلى الثانية التي هي العقد بقوله أولاً ، ولكل ، إلى آخره وإلى الأولى التي هي من الأحكام بقوله «و المطالبة» إلى آخره ، وهي غير لازمة بمعنيها ، ثم قال : «والانطباق في قوله «غير لازمة» أن يكون إشارة إلى الثانية لأن الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد» .

قلت : لا يخفى على كل ناظر لكلام المصنف وغيره ممن ذكر نحو ذلك أنه لا شركة عنده بالمعنى الذي أثبتها هو ، ضرورة صراحة كلامهم في أن ذلك كله من أحكام الإذن التي هي ليست من العقود قطعاً ، نحو الإذن في دخول الدار ، وأكل الطعام ، بل لو جعلت عقداً فليست إلا وكالة لا شركة ، نعم بناءً على ما ذكرنا من العقديّة

يراد بجوازها عدم وجوب الاستدانة عليها وإبطال كونها شركة بالقسمة كما هو واضح هذا ، ولكن ينبغي أن يعلم أنه بناءً على ثبوت عقد الشركة للإذن في التصرف يتجه إنفساخه بقول أحدهما : فسخت الشركة ، لأنه عقد جائز فيرفع العقد حينئذ من أصله بذلك ، بخلاف ماله قال أحدهما للآخر : عزلتك ، فإنها لا تنفسخ بذلك ، وإن اعتزل المعزول بذلك ، إلا أن العازل يبقى على الإذن له في التصرف ، لاشتمال الشركة على ما هو كالوكالتين ، و وقوع العزل عن أحدهما لا يقتضي العزل من الأخرى .

و لعله إلى ذلك إشار في التذكرة بالفرق بين قول أحدهما فسخت العقد ، و قوله عزلتك ، فما وقع عن بعضهم من التأمل زاعماً عدم الفرق بينهما في غير محله ، وذلك لوضوح الفرق باعتبار إقتضاء الفسخ رفع العقد من أصله ، بخلاف العزل وبحوه الذي هو كالمنازع من إقتضاء العقد أثره ، و كذا لو وقع المنع عن التصرف لم يحنج إلى عقد جديد للشركة ، بخلاف ماله فسخه فتأمل جيداً والله العالم .

❖ و ليس لأحدهما المطالبة بإقامة رأس المال ، بل يقتسمان العين الموجودة ما لم يتفقا على البيع ❖ لعدم تسلط أحدهما على الآخر بالإقامة المزبورة بوجه من الوجوه كما هو واضح ❖ ولو شرط التأجيل في الشركة لم يصح ❖ على وجه يترتب عليه أثره بحيث يكون لازماً ❖ ❖ ليس لأحدهما فسخها قبله ، بل ❖ لكل منهما أن يرجع متى شاء ❖ لأنها عقد جائز ، فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه .

نعم في المسالك « يترتب على الشرط المزبور عدم جواز تصرفهما بعده إلا بإذن مستأنف ، لعدم تناول الإذن له ، فشرط الاحل أثر في الجملة » .

قلت : كأنه أخذ ذلك مما في المختلف قال : قال الشيخان : الشركة بالتأجيل باطلة و الظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس ، بل عدم اللزوم ، و لهذا قال المفيد عقيب ذلك : و لكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أي وقت شاء و قال أبو الصلاح : ولا تأثير للتأجيل في عقد الشركة و لكل شريك مفارقة شريكه أي وقت شاء ، و إن كانت مؤجلة ، و العبارتان رديتان ، و التحقيق أن للتأجيل أثراً و هو منع

كل منهما عن التصرف بعده إلا بأذن مستأنف ، وإن لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة إذ لكل منهما الفسخ قبل الأجل ، انتهى .

ولا يخفى عليك أن الامر كما ذكرناه في اشتراط الأجل في عقد الشركة الذي هو بمعنى الأذن في التصرف الراجع الى الوكالة ، أما إذا كان اشترطه في عقد الشركة على المعنى الذي ذكرناه فلا ريب في بطلانه ، بمعنى عدم الأثر له أصلاً إن أريد به الغاية للملك الحاصل بالعقد المزبور ، ولا يجب الوفاء به إن أريد به الالتزام ببقائها اليه ، لما عرفت من الاجماع على كونها عقداً جازياً بالنسبة إلى فسخها بالقسمة ، فلا يلزم الشرط المزبور فيها ، ولعل حمل كلام الشيخين و أمي الصلاح بل والمصنف على ذلك أولى ، ولو قيل أن بطلانه على المعنى الاول يقتضى بطلان الشركة أيضاً قلنا : هو كذلك ، ولكن لما كان الامتناع على أي وجه وقع يؤثر الشركة ولو في الظاهر ، لم يكن للحكم ببطلانها وجه إلا ما سمعته فتأمل جيداً والله العالم .

﴿ وكيف كان فلا خلاف ولا إشكال في أنه ﴾ لا يضمن الشريك ما تلف ﴿ من مال الشركة الذي ﴾ في يده ﴾ بأذن الشريك من غير تعدٍ ولا تفريط ﴾ لآته أمانة ﴾ ومن المعلوم نصاً وفتوى أنها لا تضمن ﴾ إلا مع التعمدي أو التفريط في الاحتفاظ و ﴿ أنه ﴾ يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف ، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق والحرق أو خفياً كالسرقة لا لطلاق الأدلة خلافاً لبعض العامة فأوجب البيئنة في الاول .

﴿ وكذا ﴾ من المعلوم أيضاً بلا خلاف ولا إشكال أن ﴿ القول قوله مع يمينه لو ادعى عليه الخيانة أو التفريط ﴾ لكونه منكراً و البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر ﴾ ويبطل الأذن بالجنون والموت ﴾ والإغماء وغيرهما ممّا تبطل به العقود الجائزة كالحجر لسفه أو فلس وغير ذلك بخلاف أصل الشركة ، فإنها لا تبطل بشيء من ذلك ، نعم ينتقل أمر القسمة إلى الوارث أو الولي أو غيرهما كما هو واضح .

الفصل الثاني : فى القسمة

﴿ وهى تميز الحق ﴾ لكل شريك ﴿ من غيره ﴾ لا ريب فى أنها أمر برأسه
 ﴿ ليست بيعاً ﴾ ولا صلحاً ولا غيرهما ﴿ سواء كان فيها ردّ أو لم يكن ﴾ كما لا خلاف
 أجده فيه ، بل ولا إشكال ، ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زائد على مفهومها فى صحتها
 كضرورة اختلافها مع البيع والصلح وغيرهما فى اللوازم والأحكام المقتضية لاختلاف
 الملزومات ، وحينئذ فلا شفعة فيها ولا خيار مجلس ، ولا بطلان بالتفرق قبل القبض
 فيما يعتبر فيه فى البيع ﴿ ولا غير ذلك ﴾ ، خلافاً لبعض العامة نعم هى ﴿ لا تصح ﴾
 فى غير قسمة الاجبار ﴿ إلا باتفاق الشركاء ﴾ بلا خلاف أيضاً ولا إشكال للأصل بل
 الأصول .

﴿ ثم هى ﴾ بالنسبة إلى الاجبار عليها مع طلب أحد الشركاء وعدمه ﴿ تنقسم ﴾
 قسمين ﴿ فكل مالا ضرر فى قسمته ﴾ على أحد الشركاء ولو من جهة الاحتياج إلى
 رد ﴿ يجبر الممتنع مع التماس الشريك ﴾ أو وليه ﴿ القسمة ﴾ بلا خلاف أجده
 فيه أيضاً بل الظاهر الاتفاق عليه ، ولعله العمدة بعد قاعدة وجوب إيصال الحق إلى
 مستحقه مع عدم الضرر والضرار ، ﴿ ويكون ﴾ الاقسام ﴿ بتعديل السهام ﴾
 بالأجزاء إن كانت فى متساويها كيلاً أو وزناً أو زرعاً أو عدداً بعدد الانصباء ، أو بالقيمة
 إن اختلفت كالارض والحيوان ﴿ والقرعة ﴾ بان يكتب أسماء الشركاء أو السهام كل
 فى رقعة وتساو ويؤمر من لم يطلع على الحال باخراج إحداها على اسم أحد المتقاسمين
 أو أحد السهام ، هذا إن اتفقت السهام قدراً ، ولو اختلفت قسم على أقل السهام ، و
 جعل لها أول يعينه المتقاسمون ، وإلا المحاكم وتكتب أسماؤهم ، لأسماء السهام حذراً
 من التفريق ، فمن خرج اسمه أو لا أخذ من الأول ، وأكمل نصيبه منها على الترتيب ،
 ثم يخرج الثانى إن كانوا أكثر من اثنين ، وهكذا وبذلك تتم القسمة من غير حاجة
 إلى شيء آخر من رضى بعده وغيره فى قسمة الاجبار وغيرها ، بل ولا فى قسمة الرد إذا

كان القاسم في الجميع منصوباً ، أما إذا كانت من غيره ولو منصوباً منهما ، فالمشهور على ما قيل الاحتياج إلى رضی بعد القرعة ، خصوصاً في قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقعة على ما يدل على الرضا بذلك .

وقد يشكل أولاً : بالاكْتفاء بالرضا بالقرعة ، وثانياً : بفحوى الاكتفاء بها في قسمة الاجبار ، وفيما إذا كان القاسم منصوباً من الإمام ، مع أنها في الجميع للمعاوضة التي يدعيها الخصم ، وثالثاً بما دل من نصوص القرعة ^(١) على كونها مميزة للحق ، ومشخصة له ، وملزمة به ، بل لعل ذلك هو حكمة مشروعتها ، وبذلك يخرج عن أصالة بقاء المال على الإشاعة .

إنما الكلام في اعتبارها في القسمة كما عن ظاهر كثير أو الجميع . نعم عن الأردبيلي الاكتفاء بالرضا من الشركاء بأخذ سهم ^(٢) لعموم تسلط الناس على أموالهم ولأنه من التجارة عن تراض ، وأكل مال الغير بطيب نفسه ، وفحوى قوله عليه السلام ^(٣) « في رجلين لم يدر كل منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما : لك ما عندك ولي ما عندي ، لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما » ، ثم قال : وإن لم يكن ملكاً فلا كلام في جواز التصرف فيه ، تصرف الملاك مثل ما قيل في المعاوضة والعطايا والهدايا والتحف و احتمال كونه حراماً لكونه بعقد باطل ، عمل المسلمين على خلافه ، بل على الملك وتبعه المحدث البحراني وأفكر العثور على القرعة في شيء من أخبار القسمة التي ذكرناها هنا ، وفي كتاب القضاء ، بل قال : « ليس المقام في شيء من موارد نصوص القرعة وإنما غاية ما يدل عليه بعض أخبارها كقوله عليه السلام ^(٤) « ما تنازع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله عز وجل » إلا خرج منهم المحق » ، الرجوع إليها عند التنازع ، وأما

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث - ١١ -

و - ١٨ -

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث .

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب احكام الصلح الحديث - ١ -

(٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث - ١٣ -

مع التراضي فلا أثر في الأخبار لاعتبارها ، وكان الشيخ ومن تبعه تبع العامة فيها ، وفيما ذكره من أحكام القسمة ، بل ظاهر جملة من النصوص الاكتفاء بالرضا من دون قرعة كخبر غياث^(١) «عن جعفر عن أبيه عن علي^{عليه السلام} في رجلين بينهما مال : منه بأيديهما ومنه غائب عنهما ، فاقسما ما في أيديهما ، وأحال كل واحد منهما نصيبه ، فما اقتضى أحدهما فهو بينهما ، وما يذهب منهما ، ومثله خبر الثمالي^(٢) عن أبي جعفر^{عليه السلام} وخبر محمد بن مسلم^(٣) عن أحدهما وصحيحنا^(٤) معاوية بن عمار وعبدالله بن سنان وخبر سليمان بن خالد^(٥) فان ظاهر الاقسام لما في أيديهما ذلك .

قلت : قد يقال : بمنع صدق الاقسام شرعاً بعد فرض اعتبارها فيه ، بناء على ما حكاه عن الاصحاب على المجرد عنها ، فلا دلالة حينئذ بما في النصوص المزبورة على ما ذكره خصوصاً بعد تعارف القرعة قديماً وحديثاً بين المتشركة في قسمة الاموال المشتركة . بل قد يقال : إن تعريف القسمة بأنها تمييز الحقوق بعضها عن بعض يقتضى أن حصّة الشريك كلي دائر بين مصاديق متعدّدة فمع فرض تراضي الشريكين مثلاً على قسمة المال نصفين ، على أن يكون نصف كل واحد منهما في النصف المقسوم ، احتيج إلى القرعة في تشخيص كل من النصفين لكل منهما ، فهي حينئذ لاخراج المشتبه والمتردّد ، وهو محل القرعة لا شكّ له ، لأن القرعة ناقل أو جزء ناقل ، لاستحقاق كل من المالين إلى الآخر .

بل إن لم يمكن اجماع أمكن القول بأن المراد من إشاعة الشركة ، دوران حق الشريك بين مصاديقه ، لأن المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين في كل جزء يفرض وإلا لاشكل تحققها في الجزء الذي لا يتجزى من المال المشترك ، وبذلك يتّجه اعتبار القرعة في القسمة بعد تعديل السهام ، ورضى الشريكين مثلاً في تعيين كلي مصداق استحقاقهما بالشخص الخارج ، ضرورة كونه حينئذ من مواردها بل لا يتحقق الاقسام بدونها ، لعدم كون المدار فيه رضاءهما بأن ماله من الحق فيما في يد شريكه

(١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ٦ - من ابواب أحكام الشركة الحديث ١ -

وذيله و ٢ باختلاف سير .

هو عوض ما في يده ، كي تكون من قبيل المعاوضات ، وإلا لم يعتبر فيها تعديل السهام
 « لتسلط الناس على أموالها » مع أن فاقده ليس من القسمة شرعاً قطعاً ، ولا شكلاً
 أيضاً قسمة الوقف من الطلق ، وإلا لكانت بعض أجزاء الوقف طلقاً ، والطلق وقفاً ،
 على أن هذا الرضا بعد فرض عدم اندجازه في عقد من العقود المملكة ، كيف يكون سبباً
 لنقل المال إلى الآخر ، فضلاً عن لزومه ، وليس في القسمة عموم أو إطلاق يقتضي ذلك
 كي يكون حينئذ أمراً مستقلاً برأسها ، بخلافه على ما ذكرنا ، فانه غير محتاج إلى
 شيء من ذلك ضرورة الاكتفاء برضاها في تشخيص المصدق ، والقرعة لاستخراج
 خصوص مال الكل منهما من المصدق المتردد واقعاً ، فتكشف حينئذ عن كون حقه في
 الواقع ذلك ، ولولسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه ، ولا يحتاج بعد إلى عموم ، أو عقد
 آخر يقتضي الملك أو اللزوم فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع .

أوبقال : إن القرعة مشروعة للتعين ، كما شرع قبض المستحق من المستحق
 عليه في الدين مثلاً كذلك أو يقال : إن ملك الكلي في الشركة وغيرها يتحقق في
 مصداق من مصاديقه في علم الله تعالى شأنه لعدم تصور حصول صفة الملك بناء على أنها
 كالصفات الخارجة في الكلي الذي لا وجود له إلا بوجود أفراد ، أو وجوده عين وجود
 أفراد ، ضرورة عدم قيام العرض إلا بجوهر ، كضرورة عدم تحقق الملك في فرد غير
 معين في علم الله تعالى ، وذلك لا ينافي إجراء حكم الشركة ظاهراً على الأفراد كما
 لا ينافي شرعية القرعة لآخرجه ، سواء انطبقت عليه أولاً ، إذهي ميزان من الموازين
 الشرعية في الظاهر .

ثم لو قلنا بأن الملك والكليّة و محوهما من الأمور التي جعلت عنواناً في
 الشرع وليس لها وجود حقيقة ، ولا مشخصات كذلك ، لم يتجه حينئذ ما ذكرناه ، و
 يتعين ما قلناه سابقاً من التعيين بالقرعة والله العالم .

ومع الانغناء عن ذلك كله يمكن الاكتفاء بظهور اتفاق الأصحاب على اعتبار
 القرعة في القسمة شرعاً مؤيداً بتعارف ذلك بين عوام المتشركة ، فضلاً عن خواصهم
 بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعة من بعضهم في الجملة ، ولا أقل من أن تكون

القرعة كالعقد في اللزوم ، وفاقدها كالمعاطاة ، نحدو ما سمعته من الأردبيلي ، و أما احتمال عدم اعتبارها أصلاً وأن التراضي كاف في الانتقال واللزوم ، فلا ينبغي الاصغاء إليه بوجه من الوجوه ، هذا كله بناء على ما حكاه عنهم ، وإلا فقد يقال : إن مراد الاصحاب إعتبار القرعة حال عدم التراضي لأنها العدل بينهما ؟

أما مع فرض التراضي منهما فلا بأس كما يؤمى إليه قول المصنف ﴿ أما لو أراد أحد الشركاء التخيير ، فالقسمة جائزة لكن لا يجبر الممتنع عنها ﴾ ضرورة صراحة ذلك في مشروعية القسمة بدونها ، وأن الفرق بينها وبين الأولى جبر الممتنع عنها دونها ، وأصرح منه ما في اللمعة في القسمة في القضاء ، « وإذا عدلت السهام و اتفقا على اختصاص كل واحد بسهم ، لزم ، وإلا أقرع » وفي الروضة في شرحها لزم من غير قرعة ، لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتمييز الحق ، ولا فرق بين قسمة الرد وغيرها ، و الا يتفقا على الاختصاص أقرع ، و هو صريح في عدم اعتبارها في أصل القسمة لإحالة عدم التراضي ، و المحدث البحراني قد صرح باعتبار القرعة حينئذ ، وعدمها مع التراضي ، و هو عين ما سمعته منهم ، فما أدري أين محل إنكاره .

نعم قد يناقش في أصل الاكتفاء بالرّضا في اللزوم بما ذكرناه أولاً ، و تسمع إنشاء الله تمام البحث في ذلك وغيره في كتاب القضاء .

بقي الكلام في الجبر على القسمة وعدمه ، و حاصل البحث فيه أنك قد عرفت جبر الممتنع عنها في كل ما لا ضرر فيها على أحدهما لما سمعت ﴿ و كل ما في ﴾ قسمة ﴿ به ضرر ﴾ عليهما ﴿ كالجوهر و السيف و العناید الضيقة ﴾ قال في الصحاح : اعضاء كل شيء ما يشيد حواليه من البناء وغيره كاعضاد الحوض ، وهي حجارة تنصب حول شفيره ، و كذلك عضادات الباب : و هما خشبتاه من جانبيه .

وعلى كل حال فما كان نحو ذلك ﴿ لا يجوز قسمته ﴾ بمعنى أنه لا يجبر الممتنع عنها ، لقاعدة نفي الضرر و الضرار ، و النهي عن السرف و التبذير ، و تلف المال في غير الفرض الصحيح ، لكن في المتن هنا لا يجوز ﴿ ولو اتفق الشركاء على القسمة ﴾ ومقتضاه عدم المشروعية أصلاً وفيه : أنه مناف لقاعدة « تسلط الناس على اموالها » و

السفد قد يرتفع بالغرض الصحيح ، على أنه هو في كتاب القضاء فسر الضرر المانع من القسمة بنقص القيمة ، لا خروج المال عن الانتفاع ، ولا ريب في عدم منع المالك من التصرف فيه ، وإن استلزم نقصاً فاحشاً في المال و أيضاً فالأثم بذلك لا ينافي صحة القسمة شرعاً ، كل ذلك مع أنه مناف لما قيل : من وجوب الإجابة فيما لو فرض ضرر القسمة على أحدهما خاصة ، وكان الطالب لها المتضرر ، قال في الدروس دلو تضرراً أحداً الشريكين دون الآخر أجبر غير المتضرر بطلب الآخر دون العكس ، لكن قال : « وفي المبسوط لا يجبر أحدهما عما يتضرر الطالب ، وهذا حسن إن فسر التضرر بعدم الانتفاع ، وإن فسر بنقص القيمة فالأول أحسن » و كأنه لحظ إمكان فرض الغرض الواقع للسفد على تقدير التفسير بالنقص بخلافه على الآخر ، ثم إن الظاهر ما صرح به في الدروس واللمعة والروضة وغيرها من عدم وجوب الإجابة إلى المهايأة أي قسمة المنفعة بالأجزاء ، أو بالزمان ، كأن يسكن أو يزرع هذا الجزء المعين بل في الأخير سواء كان مما يصح قسمته إجباراً أم لا. وأنه لا يلزم الوفاء بها لو أجاب إليها فيجوز لكل منهما فسخا ، وحينئذ فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر أو هو ، كان عليه أجرة حصة الشريك ، ولورجع بعد استيفاء كل منهما مدته فلا شيء له ، إلا مع التراضي كما في كشف اللثام ، وظاهر الجميع خروجها عن حكم المعاطاة ، وصيرورتها كالمقاولة الوعدية ، إلا أنه لا يخلو من نظر في الجملة هذا .

لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعة : إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجر عليهما إن كان له أجرة ، جمعاً بين الحقين وصوناً للأمال عن التلف ، وجبراً للضرر كما صرح به في الدروس ، ولعل ذلك من السياسات ، بناء على أن الحاكم ذلك ونحوه ، و حينئذ لا ينحصر الأمر في ذلك ، فله حينئذ يبعه عليهم ، مع كونه مقتضاهما ، كما عن بعض العامة من كون ذلك وجهاً ، أما مع قطع النظر عنها فالمنتجة ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع ، وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهايأة ، لأصلي عدم الوجوب ، وعدم صحة البيع عليهم .

و على كل حال فقد ذكروا في الضرر المانع من الإيجاب على القسمة أقوالاً

ثلاثة : أولها : أنه عبارة عن نقصان العين أو القيمة ، نقصاناً لا يتسامح فيه عادة ، لأن فوات المالية منطوق الضرر في الأموال ، فيندرج حينئذ في قاعدة « لا ضرر ولا ضرار » ، مؤيدة بأصل القدم القسمة الشرعية السالمة عن معارضة إطلاق أو عموم تقتضيها ، وبذلك وغيره ترجح على قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له .

ثانيها : أنه عبارة عن عدم الانتفاع بالمال أصلاً .

ثالثها : عدماً لا انتفاع به منفرداً كما كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن يكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به في السكنى ، وإن أمكن الانتفاع به في غير ذلك .

ولا يخفى عليك ما في الثاني والثالث ضرورة اقتضاء قاعدة نفي الضرر والضرار الأعم من أولهما ، وقاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له ما ينافي ثانيهما ، فتعين حينئذ تفسيره بالأول ، ولو فرض الضرر على أحدهما بالقسمة ، والآ خر بعدهما ، فزع إلى الترجيح ، ومع فرض التساوي إلى القرعة ، هذا كله في الضرر الناشئ من حيث كونها كذلك .

أما الضرر الخارج عنها المترتب على حصولها ففي مساواته للضرر منها وعدمه وجهان ، والمتولي للجبر في مقامه الحاكم ، أو أمينه ، بل الظاهر قيام العدول هنا مقامه مع تعذره ، ولو تعذر الجبر قسم الحاكم ، بل لعل ذلك كذلك بمجرد امتناعه ، كما ذكرناه في نظائره بل الظاهر قيام الحاكم مقامه مع غيبته وطلب الشريك القسمة ، خصوصاً مع تضرره بعدهما ، بل ربما احتتمل أو قيل : بقيام الشريك مقام شريكه فيها مع فرض منع ظالم له ، وإرادة قبض حقه فينوى الشريك حينئذ القسمة مع القاصب ، وتكون قسمة ، لكنه كما ترى . وقد تقدم لنا سابقاً البحث في ذلك .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ (لا يقسم الوقف) وإن كان مشتركين أربابه ، بلا خلاف أجده فيه ، ﴿ لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين ﴾ لا ولاية للمتولي على ذلك نعم ﴿ لو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً صح قسمته ، لأنه تمييز للوقف عن غيره ﴾

و ظاهره عدم الفرق في ذلك بين تعدد الواقف و اتحادهم ، و تعدد المصرف و اتحادهم ، كما صرح به في الدروس قال : « ويجوز قسمة الوقف من الطلق لا الوقف ، وإن تعدد الواقف والمصرف ، بل في القواعد » ولا يصح قسمة الوقف لعدم انحصار المستحق في القاسم ، وإن تغاير الواقف أى مع تغاير الموقوف عليه أو بدونه ، كأن يقف أحد الشريكين في هذه البستان حصته على زيد وأولاده والأخر حصته عليهم أو على عمرو وأولاده .

لكن في الجدائق الموافقة على ذلك مع اتحاد الموقوف عليه ، سواء تعدد الواقف أو اتحدوا قال : « وأما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بأن كانت الدار مشتركة بين زيد وعمرو نصفين مثلاً ، فوقف زيد نصفه على ذريته ، وعمرو نصفه على ذريته ، فإنه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف . بأن يميز أحد النصفين عن الآخر ، كما يميز الوقف عن الطلق » وقد سبقه إلى ذلك الفاضل في محكي التحرير قال : « ولوقيل : بقسمة الوقف بعضه من بعض مطلقاً ، أمكن إذ القسمة ليست بيعاً ، والأقرب عدم جوازها ، إذ البطن الثاني يأخذ الوقف عن الواقف ، ولا يلزمه ما فعل البطن الأول ، ولو تعدد الواقف والموقوف عليه فالأقرب جواز القسمة » انتهى .

وفيه : أن المانع أيضاً متحقق ، وهو عدم إنحصار الحق في الحاضرين ، وعدم ثبوت ولاية المتولي على المعدومين بالنسبة إلى ذلك ، لكن لا يضاف أن ذلك يقتضي عدم جواز قسمة الوقف من الطلق ، باعتبار عدم انحصار الحق في القاسمين مع ذى الطلق و احتمال أن القاسم معه الواقف - مع أن مثله يأتي في الفرض - يدفعه خروج المال عن ملكه بالوقف ، فلا حق له حينئذ كما لو باعه .

فالتحقيق أن الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلة و كثرة و نحو ذلك لم يجز قسمته ، أما إذا لم يكن كذلك كما في المثال ، بل فيما لو اتحد الواقف وتعدّد المصرف ، مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلاً و ذريته والأخر على عمرو وذريته لم يكن بأس في قسمته ، إلا أن المتولي لها الحاضرون من الموقوف عليهم ، و ولي البطون وليس ذلك مقتضياً لدخول بعض أجزاء كل نصف

في الآخر وإلا لاقتضى ذلك في الطلق والوقف وإتمامه تمييزاً أو أن نحاذل ذلك يقتصر فيها ، وبذلك يظهر ما في الذي حكيناه عن الشهيد في الدروس ، وأما إطلاق المصنف ونحوه فيمكن تنزيله على غير ما سمعته من الصورة بل قد يقال بجواز القسمة في مقام يجوز البيع ، ضرورة أولويتها منه ، قال في التحرير « ولو أشرف على الهلاك واقتضت المصلحة قسمته فالوجه الجواز ، كما اجزنا البيع حينئذ » ثم إن الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق ، وإن استلزمت ردّاً من الموقوف عليه ، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للردّ وفقاً أو ملكاً وجهان : أقواهما الثاني .

نعم لو كان الردّ عوض وصف كالجودة والرداءة ، إتجه كونه حينئذ وفقاً ، كما صرح به في القواعد وغيرها ، قال : « ولو كان بعض الملك طلقاً صحت قسمته مع الوقف وإن اتحد المالك ، ولو تضمنت ردّاً جاز من صاحب الوقف خاصة ، فإن كان في مقابلة الوصف فالجميع وقف والله العالم ويأتي إنشاء الله الكلام في غير ذلك من أحكام القسمة ، فإن المصنف وغيره قد اطنبوا فيها في كتاب القضاء والله المؤيد والمسدّد .

الفصل الثالث

﴿ في لواحق هذا الباب ﴾ .

﴿ وهي مسائل : الأولى لودفع إنسان دابة ﴾ مثلاً ﴿ و آخر راوية إلى سقاء على الاشتراك في الحاصل ، لم تنعقد الشركة ﴾ قطعاً ، لأنها مركبة من شركة الأبدان والأموال مع عدم المزج ، والكل باطل وفي محكي المبسوط ﴿ و ﴾ لا يمكن أن يكون إجارة ، لأن الأجرة فيها غير معلومة ف ﴿ كان ما يحصل ﴾ حينئذ ﴿ للسقاء عليه أجرة مثل الدابة والراوية ﴾ وقيل : إنهم يقتسمون أثلاثاً ، ويكون لكل واحد منهم على صاحبيه ثلثاً أجرة ماله ونفسه ، ويسقط الثلث لأن تلك النفع حصل له ، وفي الناس من حمل الوجه الأول على أنه إذا كان السقاء يأخذ الماء من ملكه ، والثاني

على أنه إذا أخذ من ماء مباح، وهذا ليس بشيء لأنه إذا أخذ من موضع مباح فقد ملكه، والوجهان قريبان، ويكون الأول على وجه الصلح، والثاني مرفيه الحكم، بل في المختلف أن ما قرّبه الشيخ قريب.

قلت: ولعل مراد الشيخ أنه يمكن أن يكون الأول على وجه الصلح إذا أراد أمانع عدمها فمر الحكم فيه، الثاني^(١) الذي هو الموافق للضوابط وعلى كل حال فتحقيق هذه المسألة ومسألة الاحتطاب الآتية وما شابها من المسائل مبني على التحقيق في أن الوكالة في حيازة المباحات جائزة أولاً؛ الظاهر الأول خلافاً لما تسمعه من المصنف في كتاب الوكالة، ومن أن التملك بالحيازة مفتقر إلى نية الملك بها أو إلى عدم نية عدم الملك، أو كونه للغير كما تسمع البحث فيه انشاء الله.

وحينئذ فصاحب الراوية والدابة إن كانا قد وكلوا السقاء في الحيازة لهما وأمرهما بذلك مثلاً وقد حازه بنيتهما مع نفسه، إتجه حينئذ شركة الجميع بالماء، وكان لكل منهم ثلثا الاجرة على الآخرين، فإن تساوت لم يرجع أحدهم على الآخر بشيء، وإلا رجع بالتفاوت، فلو فرض كون الماء مثلاً يبيع بأربعة وعشرين، وكان أجرة مثل السقاء خمسة عشر، والدابة اثني عشر، والقربة ثلاثة، كان للسقاء منها ثلاثة عشر، ولصاحب الدابة عشرة، ولصاحب القربة واحد، وربما تكون أجرة المثل أزيد من الحاصل، ولذا احتل بعض أن له أقل الأمرين من الحصّة وأجرة المثل، إلا أنه كما ترى.

وإن لم يكن ثم توكيل وقد حازه بنيت الجميع، ولم نقل بجريان الفضولية في نحوه، أو لم تحصل الاجازة، أشكل ملكه له أيضاً بناء على اعتبارية الملك في الحيازة، ضرورة كون الفرض نية الملك للغير معه، فضلاً عن نية التملك، بل حينئذ هو باق على الإباحة الأصلية، يملكه إذا جدّد النية.

نعم لو قلنا بالملك قهراً حتى مع نية الملك للغير التي فرضناها، اتجه حينئذ كونه ملكاً له، ومن ذلك يظهر لك ما في إطلاق المصنف الذي تبعه عليه الفاضل في القواعد

(١) هكذا في النسخ ولعل الصحيح «والثاني هو الموافق للضوابط».

خصوصاً مع تردده الآتي ، ولذا ناقشه الكركي بنحو ذلك .

و كيف كان فلو دفع اليد دابة مثلاً ليحمل عليه مال غيره مثلاً بالاجرة ، و
الحاصل لهما فالشركة باطلة قطعاً لما عرفت .

لكن إن كان العامل قد آجر الدابة فالأجر لما لكها كما في القواعد وجامع
المقاصد ، وفي الأخير وعليه أجره مثل العامل ، وإن كان الحاصل يفي باجرة مثل
الدابة والعامل فذاك ، وإن قصر تحاصاً كل على قدر أجره مثله ، سواء كان ذلك
بسؤال العامل ، أو سؤال المالك ، أو سؤالهما ، وفي القواعد تحاصاً إن كان بسؤال
العامل ، وإلا فالجميع ، وعن الشهيد احتمال وجوب أقل الأمرين من الحصة
المشروطة ، والحاصلة بالتحاص ، ووجوب الأقل إن كان بسؤال العامل والأكثر
إن كان بسؤال المالك .

لكن لا يخفى عليك قوة ما ذكرناه أو لا ، لأن الفرض حصول الرضا ، منهما
معاً بذلك ، سواء كان بسؤال المالك أو العامل أو سؤالهما معاً نعم قد يشكل الحكم
بان الأجرة للمالك الدابة ، مع أنه لم يصدر منه إلا الأذن بتلك المعاملة الفاسدة ،
فينبغي حينئذ أن تكون إحارتها من الفضولي ، اللهم إلا أن يقال بالاكْتفاء بهذه
الآذن كما تسمع نظيره في القراض ، هذا كله إذا آجر عين الدابة .

أما إذا تقبل حمل شيء في ذمته ثم استعمل الدابة فيه ، فالأجرة المسماة
حينئذ له ، وعليه أجره المثل للدابة بالغة ما بلغت كما في القواعد وجامع المقاصد ،
بل في الأخيرين ولو آجر نفسه للحمل على هذه الدابة بكذا ، إتجه أن يكون
الاجرة المسماة له ، ولمالك الدابة اجرة المثل ، فتأمل ، فإنه قد يجري بعض الكلام
السابق أو جميعه هنا ، كما أنه لا يخفى عليك الاشكال في اصل المسألة ، ضرورة إمكان
صحتها على الضوابط وإن زعم حصول الشركة العناية بذلك فانه زعم خارج .

وحينئذ يكون المسمى المقابل لمنفعة الدابة ، وعمل العامل لهما معاً يقسم
فيما بينهما على حسب اجرة مثلهما ، كما لو استوجرا مثلاً على هذا الوجه ، أما
لو فرض وقوع ذلك على وجه الشركة الباطلة ، فلا وجه لاختصاص المالك بأجرة

الدّابة المفروض كونها في مقابل الدّابة والعمل ، كما لا وجه للتحاص في الحاصل ضرورة ثبوت اجرة المثل في النعمة على المستوفي ، لا في خصوص الحاصل المفروض حصوله بالمعاملة الفاسدة . فالتحقيق الرجوع في المسألة ونظائرها إلى ما تقتضيه القواعد العامة التي منها يعلم ايضاً ما ذكره في الجامع اخيراً .

ولو كان من واحد دكان ، ومن الآخر رحي ، ومن ثالث بغل ، ومن رابع عمل على أن يكون الحاصل بينهم ، فلا ريب في بطلان الشركة ، ثم إن كان عقد اجرة طحن الطعام من واحد ، ولم يذكر اصحابه حتى في النية ففي القواعد وجامع المقاصد « الاجرة المسمي له ، وعليه اجرة المثل لاصحابه ، وإن نواهم او ذكرهم على وجه التزموا بطحنه ارباعاً ، فالاجر بينهم ارباعاً ، ويرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجرة مثله إذ هو كما لو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا ، فإنّ الاجر بينهم ارباعاً لأن كل واحد منهم لزمه طحن رבעه بربع الأجرة ، ويرجع كل واحد منهم على كل واحد بربع أجرة مثل العمل الصادر منه أو من دابته ومنفعة دكانه .

نعم لو استأجر الدكان والبغل والرحي والرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجر مثلهم ، لكل واحد من المسمى بقدر حصته ، نحو ما لو باع المالكين مثلاً لرجلين بضعين واحد ، لكن لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه سابقاً من الفضولية ، بل وجريان بعض ما ذكره من الكلام السابق من التحاص في المسمي ، ونحوه إلا أن تفصيل الكلام في ذلك محتاج إلى إطناب تام لا يسعه المقام وإن كان هو لا يخفى على الضابط لقواعد الفقه العامة المحيط بما اسلفنا وما يأتي لنا .

وكيف كان فعمما ذكرناه سابقاً يظهر لك الحال فيما ذكره المصنف في المسألة ﴿ الثانية ﴾ وهي ما ﴿ لو حاش صيداً أو احتطب أو احتش نية أنه له ولغيره ، لم تؤثر تلك النية وكان ما جمعه له ﴾ خاصة ﴿ ضرورة أنك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل ، بل والاجارة في عدم تأثير النية وإلا كان تأثيرها الملك للغير ، ويمكن أن يكون المصنف بنى ذلك على اختياره عدم قبول مثل ذلك الوكالة .

نعم جزمه بأن ما جمعه له خاصة مبني على ما سمعت من أن المباح يملك بمجرد الحيابة ، ولا عبرة بالنية وإن كانت للغير ولكن من الغريب ذلك منه مع قوله متصلاً به **﴿وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك ؟ قيل : لا وفيه تردد﴾** ونحوه وقع للفاضل في القواعد أللهم إلا أن يقال : المعتبر في الحيابة من النية على القول بها نية أصل الملك ، بمعنى عدم كون الحيابة لغرض آخر غير أصل الملك ، ولا ريب في أن نية أصل الملك متحققة فيما نحن فيه ، وإنما فقد كونه له باعتبار فرض كون القصد له ولغيره فلا يتناقى حينئذ الجزم بالملك ، التردد في اعتبار النية ، ضرورة كون المحوز له على التقديرين ، أما على القول بكونها من السبب القهري حتى مع النية للغير فواضح ، وأما على الثاني فالثانية لأصل الملك محققة ، وإن لم يقع للغير ، لعدم التوكيل والاجارة ، أو لعدم مشروعيتهما .

وكيف كان فقد قيل في وجه التردد : من أن اليد والسلطنة سبب في الملك ، ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف على أمر آخر ، ولأن الحيابة سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعاً بالاتفاق ، لأن أقصى ما يقول المشتراط للنية أنها سبب ناقص ، فحصول الملك بها في الجملة أمر معقق ، واشتراط النية لا دليل عليه ، فينفي بالأصل ، ومعارضة ذلك - بأصالة عدم حصول الملك للمباح إلا بالنية - تقتضي تساقطهما فيبقى سببية اليد من غير معارض .

ومن أنه قد تكرر في فتوى الأصحاب أن ما يوجد في جوف السمكة مما يكون في البحر يملكه المشتري ، ولا يجب دفعه إلى البائع .

وأيد الأول في جامع المقاصد بأنه لو اشترطت في حصول الملك لم يصح البيع قبلها ، لا انتفاء الملك ، والثاني معلوم البطلان ، لا طباق الناس على فعله في كل عصر من غير توقف على العلم بحصول النية ، حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما ، أهو بيع أو استنقاذ لعدم نية الملك ، لا يلتفت إلى قول من يدعى الاستنقاذ . ثم حكى عن فخر المحققين أنه أورد ذلك على والده العلامة ، فأجاب عنه بأن إرادة البيع تستلزم نية التملك ، واعترضه بأنه إنما يتم فيمن حاز وتوكل هو

البيع ، أما إذا تولاها وارثه الذي لا يعلم بالحال أو وكيله المفوض إليه جميع أموره التي منها يبيع ما حازه من المباحات لم يتدفع السؤال ، قال : « ويرد عليه أيضاً أن حيازة الصبي والمجنون على ما ذكره يجب أن لا تثمر ملكاً جزماً ، لعدم العلم بالنية وعدم الاعتداد بإخبارهما ، خصوصاً المجنون ، ولو خلف ميت تركه فيها ما علم سبق كونه مباح الأصل ، ولم يعلم نية التملك ، لا يجب على الوارث تسليمها في الدين والوصية ، وإلا أصبح عدم اشتراطها » .

قلت : لا يخفى عليك ما في جميع هذا الكلام ، ضرورة أن الوجه الأول من التردد إن أريد به أن السلطنة واليد فيما نحن فيه سبب في الملك كان مصادرة معضنة وإن أريد به أن ذلك سبب في الحكم بالملك كما هو مقتضى ما ذكره من التعليل كان خروجاً عما نحن فيه ، وذلك لأن الحكم بملكية ما في اليد لسبب من أسبابها لا يقتضي كونها هي نفسها سبباً ، وهو محل البحث ، وتعارض الأصلين - بعد تسليم كون الأول منهما أصلاً معتداً به - وإن اقتضى تساقطهما ، لكن دعوى بقاء سببية اليد بحالها لا معارض لها واضحة الفساد ، لعدم دليل يقتضي ذلك على وجه يجدي فيما نحن فيه .

وأما الوجه الثاني ، فيمكن المناقشة فيه أولاً : بمنع أن ما في بطن السمكة مما لا يعد جزءاً لها ولا كالجزء ، مثل غذائها يعد محوزاً بحيازتها ، ولو سلم فأقصى ما يلزم اشتراطه إما القصد إلى المحوز بالحيازة ، أو الشعور به ولو تبعاً ، أما نية التملك فلا .

وأما التأييد ففيه أن اطباق الناس الذي ذكره إنما يفيد الحكم بملكية ما في اليد ، لحصول سببه ، لا أنه يقتضي كونها سبباً في الملك وإن علمنا تجرّده عن النية ومنه يعلم ما في مناقشته بما لو خلف ميت تركه إلى آخره ، بل وبما ذكره من الصبي والمجنون ، باعتبار إمكان الحكم بملكية ما في أيديهما أيضاً من غير حاجة إلى إخبارهما ، والمراد بنية التملك عند القائل بها هي القصد بالحيازة ، ودخول المحوز تحت اليد والسلطنة العرفية ، فيتبعها الملك الشرعي ، بل قد يقال إن المباحات هي

ملك لكافة الناس ، لقوله تعالى ^(١) « خلق لكم ما في الأرض » والحائز بحيازته يسبق إلى الخصوصية نحو ملك شخص الفقير لشخص الزكاة المملوكة جنساً لجنس الفقراء وحينئذ فالمراد بفاقد النية غير المقصود بالحيازة للإدخال تحت الحوزة والسلطنة ، كمن حوّل تراباً عن طريق أو حجباً ونحو ذلك مريداً التمكن من عبوره ، أو قطع غصن شجرة مباحة عن مكان يريد السكنى فيه ، ونحو ذلك مما لا يريد إدخاله تحت حوزته ، فانه بذلك لا يدخل في ملكه ، ولا يمنع من أخذه ، ولا يخرج عن أصل الإباحة ، وكذا من حفر بئراً في المباح لمجرد الارتفاق ، كما عن الشيخ المحكي عنه اعتبار النية ، قال في باب إحياء الموات من المبسوط : « إننا نزل قوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً يشربوا منها ، ويسقوا غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم ، ولم يقصدوا الملك بالاحياء ، فانهم لا يملكونها بالاحياء ، لأن المحيى إنما يملك بالاحياء إذا قصد تملكه ، وهو كالصريح فيما ذكرناه من بية التملك .

بل يمكن من ذلك أن يكون النزاع لفظياً ، فان القائل بعدم اعتبارها إنما يريد الإكتفاء بقصد الحيازة ، وإدخال المحوز تحت الحوزة والسلطنة العرفية ، لا أنه يقول بالملك قهراً كالارث ، وإن لم يقصد بالحيازة ذلك ، ضرورة عدم كون ذلك حيازة عند التحقيق ، وحينئذ يتجه حصول أثرها في المجنون والصبي المميز مع فرض حصول قصدتها منهما كما صرح به بعضهم بل ظاهر الفخر وغيره المفروغية منه بل هو مقتضى السيرة والطريقة سيما في الصبي ، وبذلك ونحوه يرجح ما يقتضى ترتيب الملك بها على ما دل على عدمه من قوله ﷺ ^(٢) « لا يجوز أمره » ونحوه مما يقتضى سلب المجنون والصبي عن التملك الاختياري ، ولو بالأفعال التي منها الحيازة والاتقاط .

وبالتأمل فيما ذكرناه يظهر لك ما في كلام جملة من الأعيان منهم الكركي

(١) سورة البقرة الآية - ٢٩ - .

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من ابواب احكام الحجر الحديث - ١ - .

وغيره ، بل لو قلنا بعدم لفظية النزاع كان وجه التردد في المتن وغيره دعوى ظهور قوله عليه السلام ^(١) « من أحيا أرضاً ميتة فهي له » الذي هو كالقول بأن من حاز شيئاً فهو له في الملكية قهراً ، وأنه من باب الأسباب ، فلا تعتبر النية ، ومن كون المراد بذلك القصد بالإحياء والحيازة إلى دخول المحوز تحت الحوزة ، والسلطنة ، بل لا يعدّ غيره حيازة فاعتبرت النية بهذا المعنى ، ولعلّ الأقوى ذلك ، كما أن الأقوى عدم اعتبارها إن أريد بها إنشاء قصد التملك الذي يمكن دعوى السيرة بل الضرورة على خلافه ، وربما يأتي لذلك مزيد تحقيق في محله إنشاء الله ، فإن البحث عن ذلك إنما ذكر استطراداً والله العالم المؤيد .

المسألة الثالثة : لو كان بينهما مال بالسوية فاذن أحدهما ﴿﴾ خاصة ﴿﴾ لصاحبه في التصرف ﴿﴾ بالمال المشترك ﴿﴾ على أن يكون الربح بينهما نصفين ، لم يكن قراضاً ، لأنه لا شركة للعامل في مكسب مال الأمر ﴿﴾ وهو حقيقة القراض ، إذ المفروض كون المال بينهما نصفين ، فنصف الربح الذي يستحقه ، إنما هو لكونه شريكاً في المال ، ولا شيء له من الربح زائداً على ذلك في مال الأمر كي يكون قراضاً ﴿﴾ ولا شركة ﴿﴾ اصطلاحية ﴿﴾ وإن حصل الامتزاج ﴿﴾ في المال ، لعدم كون العمل منهما ﴿﴾ بل ﴿﴾ لا ﴿﴾ يكون ﴿﴾ المال في يد العامل الآخر ﴿﴾ بضاعة ﴿﴾ وذلك لأن حصّة الشريك مال مبعوث للتجارة في يد الوكيل قال في الصحاح : البضاعة طائفة من المال تبعثها للتجارة ، تقول أبضعته واستبضعته : أي جعلته بضاعة ، وفي المثل كمستبضع تمرأ إلى هجر ، وبهجو ذلك صرّح في القواعد ، لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما في الشركة ، وقد عرفت البحث فيه سابقاً كما أنك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المالين والله العالم .

المسألة الرابعة : إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً ، فادّعى الآخر أنه اشتراه لهما وانكر ﴿﴾ فلا إشكال ولا خلاف ﴿﴾ ف ﴿﴾ ي ﴿﴾ أن ﴿﴾ القول قول المشتري مع يمينه ، لأنه أبصر بنيته و ﴿﴾ كذا ﴿﴾ لو ادّعى أنه اشترى لهما ، فأنكر الشريك ف ﴿﴾

(١) الوسائل الباب ٢ - من أبواب إحياء الموات الحديث ١ - .

إن ﴿ القول أيضاً قوله ﴾ يمينه ﴿ لمثل ما قلناه ﴾ من كونه أبصر بنيته بعد فرض كونه أميناً ، بل لو ادعى عليه التصريح في العقد بكون الشراء للشركة مثلاً أمكن تقديم قوله لأن الاختلاف في فعله ، ولأن ظاهر يده يقتضي الملك .

نعم لو قال كان مال الشركة وخلص لي بالقسمة ، كان القول قول الآخر في انكار القسمة يمينه ، كما هو واضح .

المسألة الخامسة : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما ، وهو وكيل في البيع و ﴿ القبض ﴾ للثمن عن صاحبه ﴿ فادعى المشتري تسليم الثمن ﴾ أجمع ﴿ إلى البائع ﴾ الذي هو الوكيل ﴿ وصدقه الشريك ﴾ الموكل ﴿ براء المشتري من حقه ﴾ قطعاً ، لا عترافه بالوصول إلى وكيله على القبض ﴿ و ﴾ هو الشريك البائع ، بل لو وقعت الدعوى بين المشتري والبائع ﴿ قبلت شهادته ﴾ أي الشريك المصدق إذا كان عدلاً ﴿ على القابض في النصف الآخر ﴾ الراجع إليه ﴿ وهو حصة البائع لارتفاع التهمة عنه ﴾ بجرّ النفع إليه ﴿ في ذلك القدر ﴾ تكن إذا كانت شهادته التي أدّاهها بوصول حقه إليه ، أما إذا كانت بوصول جميع الثمن إليه ، والفرض عدم قبولها بما يرجع إليه ، لكونه مدّعي صرفاً ، ولجرّ النفع إليه في ذلك أمكن عدم قبولها أيضاً في حقّ البائع ، بناء على أن الشهادة متى ردت في البعض ردت في غيره ، وإن كان لنا فيه نظر ، بل ظاهر الفاضل في قواعد القبول ، بل لعله ظاهر المتن هنا أيضاً ، لو لا قوله فيما يأتي : والمنع في المسالتين أشبه .

نعم لو تقدّمت خصومة الشريك مع شريكه البائع على الخصومة بينه وبين المشتري ، أمكن حينئذ ردّها للخصومة حينئذ ، بناء على قدحها في الشهادة ، وبهذا يظهر لك أن هنا خصومتين أحدهما بين البائع والمشتري ، والثانية بين الشريكين ، فإن تقدّمت الأولى فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن ، فادّعى الاداء واقام البيّنة - لو كان أحداً جزأئها الشريك المقرّ على الوجه الذي عرفت - برء من الحقين بالإقرار والبيّنة ، وإن لم تكن له بيّنة حلف البائع أنه لم يقبض ، فيستحق أخذ نصيبه ، ولا يشاركه فيه الآذن ، لأن أقراره بقبض البائع أو لا يقتضي أن يكون ما

قبضه ثانياً بيمينه ظلماً ، فإن نكل عن اليمين ردت على المشتري ، فإذا حلف أنه اقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة فإن نكل الزم بنصيب البايع فقط ، لاصالة بقاء الثمن في نعمته ، كما هو واضح .

ثم ان كان المشتري قد اقام البيئنة باقباضه البايع جميع الثمن ، كان للآذن المطالبة بحصته قطعاً ، أما اذا كان ذلك بشاهد ويمين ، او باليمين المردودة فلا ، وان قلنا انها كاليئنة ، لانها كذلك في حق المتخاصمين فيما تخصاصا فيه ، لا مطلقاً .
نعم للشريك حينئذ اخلاف البايع على عدم قبض حصته فان نكل حلف الآذن اليمين المردودة ، واخذ منه ، وليس للبايع الرجوع بذلك على المشتري ، ولا مخصصته لانه بزعمه ظالم .

وربما نوقش بان ذلك لا يسقط حق الدعوى ، بعد ان كان وكيلاً عن الشريك في القبض ، وقد اغرم للموكل حصته .

ويدفعها ان اعترف الشريك بقبض البايع يقتضي انزاله بفعل متعلق الركالة بل يقتضي سقوط حق الدعوى له على المشتري .

وفي جامع المقاصد انه يمكن ان ينظر بوجه آخر ، وهو ان البايع قدادى عن المشتري بامر الحاكم فله الرجوع ، ويجب ان ذلك انما هو مع تحقق الدين وهنا قد برء المشتري منه باقرار الآذن ، ويمكن ان يقال : ان اقراره انما ينفذ في حقه ، لا في حق البايع ، ونحن لا نلزم المشتري بالدين جزماً ، ليكون ذلك متوقفاً على ثبوته ، وانما تجوز له المخاصمة ، والطلب على تقدير الثبوت .

قلت : فيه ما لا يخفى من عدم الحق للبايع ، بعد اعتراف صاحب الحق انه لاحق للبايع على المشتري ، فكيف تتصور المطالبة بحق يعترف صاحبه بسقوطه . نعم قد يقال : ان له المقاصة مع امكانها ، من غير فرق بين هذا الحق وغيره ، فتأمل جيداً .

ثم اعلم ان نكل البايع في خصومة المشتري لا يمنع من حلفه في خصومة الشريك ، لانها خصومة اخرى ، وبالعكس ، وقد عرفت ان اليمين المردودة كالاقرار

او كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقا ، هذا فيما اذا تقدمت خصومة البايع مع المشتري ، أما اذا تقدمت خصومته مع الشريك فالحكم كما عرفت ، غير ان شهادة الشريك حينئذ على البايع في الخصومة مع المشتري يشكل قبولها بما عرفت ، واما المشتري فعلى كل حال لا تقبل شهادته ، لانه مدع ﴿ و ﴾ لعل المصنف انما يتعرض للصورتين نظرا الى عدم وجود كثير فرق ، او الى عدم قبولها على التقديرين لما عرفت ، هذا كله فيما لو ادعى المشتري التسليم الى البايع .

أما ﴿ لو ادعى تسليمه الى الشريك ﴾ الاذن ﴿ فصدقه البايع ﴾ وكان قد اذن له في ذلك فالحكم كما عرفت . نعم اذا لم يكن ماذونا من البائع ﴿ لم يبرء المشتري من شيء من الثمن ، لان حصة البايع لم تسلم اليه ولا الى وكيله ﴾ فيجب عليه دفعها له من غير يمين ﴿ و ﴾ الفرض ان ﴿ الشريك ينكره ﴾ فكان القول قوله مع يمينه ، فاذحلف أدى المشتري جميع الثمن ﴿ و ﴾ لكن ﴿ قيل تقبل شهادة البايع ﴾ هنا على الشريك في وصول حقه اليه ، كما قبلت شهادة الشريك عليه في المسألة السابقة ، لعدم التهمة ، باعتبار بقاء حقه عند المشتري ، وفيه ان التهمة هنا باعتبار إرادة استقلاله بما يأخذه من المشتري ، إذ الشريك له مشاركته فيما يأخذه منه ، لكون الثمن مشتركا بينهما .

﴿ و ﴾ من هنا قال المصنف ﴿ المنع في المسألتين أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده وإن كنت قد عرفت تفصيل الحال في المسألة . نعم لو فرض اندفاعها هنا من هذه الجهة بإبراء البايع ونحوه ، إتجه القبول ، ومما ذكرنا لك سابقاً يظهر لك الوجه هنا في الخصومتين ، بل الظاهر توجه اليمين هنا على الشريك مرتين ، إحداهما للمشتري بأنه لم يقبض منه شيئا ، والثانية إذا أراد الشركة مع البايع فيما أخذه من المشتري لأنه يدعى عليه وصول حقه اليه ، ولا يسقط هذا اليمين عنه باليمين في خصومته مع المشتري التي هي خصومة أخرى . ولا يرجع البايع على المشتري بما أخذه منه الشريك لاعترافه بكونه ظالماله فيه ، كما هو واضح .

المسألة السادسة: لو باع اثنان عبيدين ، كل واحد منهما لواحد منهما بافتراده

صفقة بضمن واحد ، مع تفاوت قيمتهما قيل : يصح ﴿ البيع ويكون الثمن مشتركاً بينهما على نسبة قيمة عليهما ، للاصل السالم عن معارضة الجهالة بالثمن ، لعدم الدليل على اعتبار العلم أزيد من ذلك ، وهو العلم بمجموع الثمن ، وقد حصل ، أما حال الأجزاء فيكفى حينئذ مقابلة جميع الثمن لجميع المبيع ، واستواء نسبة الملاك إلى الأبعاض ، وكذا لو آجرا أنفسهما صفقة بأجرة معينة ﴿ وقيل : يبطل لأن الصفقة تجرى مجرى عقدين ، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولاً ﴿ لكن فيه ما عرفت كما أوضحنا ذلك في كتاب البيع .

﴿ أما لو كان العبدان لهما ﴿ على الشركة ﴿ أو كانا لواحد جاز ﴿ بلاخلاف ولا إشكال بل ﴿ وكذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطة ﴿ مثلاً متساوية القيمة ﴿ على انفرادهما بفاعهما صفقة ، لانقسام الثمن عليهما بالسوية ﴿ فلا جهالة حينئذ كما هو واضح .
المسألة : ﴿ السابعة : قد بينا أن شركة الأبدان باطلة ﴿ فلو وقعت و آجرا أنفسهما مثلاً بعنوان الشركة ﴿ فإن تميزت أجرة عمل أحدهما عن صاحبه ﴿ بالتسمية ﴿ اختص بها ﴿ ولا يشاركه الآخر فيها لما عرفت من بطلان عقد الشركة ، ﴿ وإن انتبهت ﴿ كأن لم يسم لاحدهما أجرة مخصوصة ، ﴿ فسم حاصلهما على قدر أجرة مثل عملهما ، و أعطى كل واحد منهما ما قابل أجرة مثل عمله ﴿ فهو ما سمعته في بيع المالين المتفاوتين بالقيمة بضمن واحد ، كما هو واضح .

لكن في المسالك « في المسألة وجهان آخران ، ذكرهما العلامة ، أحدهما : تساويهما في الحاصل من غير نظر إلى العمل ، لاصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر ، وأن الأصل مع الاشتراك التساوي ، ولصدق العمل على كل واحد منهما ، والأصل عدم زيادة أحد العاملين على الآخر ، والحاصل أنه تابع للعمل ، ويضعف بمنع كون الأصل في المال والعمل التساوي ، والثاني : الرجوع إلى الصلح لان به يقين البراعة كما في كل مال مشتبه ، ولا شبهة في أنه أولى مع اتفاقهما عليه ، وإلا فما اختاره المصنف أعدل من التسوية . »

قلت : لا يخفى عليك أن مفروض المسألة في المتن لا تأتي فيه الوجوه الثلاثة ،

بل ليس فيه إلا الوجه الذي ذكره المصنف ، وذلك لان صريح العبارة أو كسر يحها كون العمل من كل منهما معلوما ، إلا أنه لم يكن بأجرة مسمّاة ، وإنما سميت الاجرة لمجموع العاملين بعنوان شركة الابدان من الاجيرين ، وهذه ليس فيها بعد فرض صحة الاجارة إلا التوزيع على أجرة مثل عمليهما ، نحو بيع المالين المنفردين لشخصين الذي تقدم الكلام فيه سابقاً .

وقد ذكرها العلامة سابقاً على هذه المسألة فقال: فولو باعاً بثمان واحد ، أو عملاً بأجرة واحدة ثبتت الشركة ، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا ، ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة ، وفروض العلامة في القواعد ليس فيه إلا وجهين التساوي بالاجرة والاصح الصلح ، وهو ما إذا لم يتميز عمل كل منهما ، قال : « وإذا تميز عمل الصانع عن صاحبه إختص بأجرته ، ومع الاشتباه يحتمل التساوى والصلح » ، ومراده أنه مع تمييز العمل يختص بالاجرة ، ولو ما يخصه من التوزيع ، أمّا مع اشتباه العمل ففيه الاحتمالان ، وكان وجه الاول منهما اجتماع الاجرتين معاً في ذلك العاقل ، لانه الفرض ، والاصل عدم زيادة أحدهما على الآخر لأن الأصل مع الاشتراك التساوي . ولكن فيه أن الأصل المذكور ممنوع هنا ، فإن زيادة مال شخص على آخر ونقصانه أو مساواته له ليس أصلاً ، إذ لا رجحان لأحدهما على الآخر ، لا بحسب العادة ولا في نفس الأمر وإنما يتحقق في مثل ما إذا اشتركا في السبب المملك ، كما لو أقرّ لهما بملكية شيء ، أو أوصى لهما أو وقف عليهما ، فإن السبب المملك لهما هو الإقرار والوصية والوقف ، والأصل عدمها ، بخلاف ما نحن فيه ، فإن العمل الصادر من أحدهما غير الصادر من الآخر ، واستواءهما وتفاوتهما على حد سواء بالنسبة إلى النفي بالأصل ، فليس حينئذ إلا الصلح ، كما في كل مالين امتزجا ، وجهل قدر كل منهما ، بل لعل ذلك كذلك حتى لو تميز عمل أحدهما ، وجهل الآخر ، أو تميز بعض عمل كل منهما ، وجهل الباقي ، وبالجملة متى جهلت النسبة بين العاملين ، ألكلهم إلا أن يقال : إن التساوي هو الرأجح منهما ، فيكون كالأصل ، لان فضله كالامر العدمي ، لكن لنا في ذلك نظر ذكرناه في محله ، وعلى كل حال فهو غير موضوع

ما ذكره المصنف من العمل المتميز والله العالم .

المسألة (٨) الثامنة : إنا باع الشريكان ﴿ ﴾ مثلاً ﴿ ﴾ سلعة ﴿ ﴾ بينهما ﴿ ﴾ صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً ﴿ ﴾ ولو بنية أنه له ﴿ ﴾ شاركه الآخر فيه ﴿ ﴾ كما في كل دين مشترك بين اثنين فصاعداً ، وذلك لأن كل جزء جزء منه مشاع بينهما ، فإن ما في الذمة إنما يخالف الشخصي الخارجي في الكلية والجزئية ، أما الإشاعة فهما على حد سواء فيها .

فقى المرسل عن أبي حمزة ^(١) قال : « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ، ومنه غائب عنهما ، فاقسما الذي بأيديهما ، وأحال كل منهما نصيبه من الغائب ، فاقضى أحدهما ، ولم يقض الآخر ، قال : ما اقضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله » .

ومثله خبر غياث ^(٢) « عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام ، إلا أنه قال : « ما اقضى أحدهما فهو بينهما ، وما يذهب بينهما » وكذا خبر محمد بن مسلم ^(٣) عن أحدهما عليه السلام ، و معاوية بن عمار ^(٤) .

وفي خبر عبدالله بن سنان ^(٥) عن أبي عبدالله عليه السلام « سأله عن رجلين بينهما مال ، منه دين ومنه عين ، فاقسما العين والدين ، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه ، و خرج الذي للآخر أبردء على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله » .

لكن هذه النصوص بل والمتن وما شابهه مشتملة على الجزم بالشركة ، وماذا إلا لحصول الإذن من الشريك بالقبض ، ولو لزعم القسمة الفاسدة ونحوها ، وحينئذ يتجه الجزم بشركة المقبوض ، إنما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه ، وقد ذكر غير واحد من الأصحاب ، بل نسب إلى المشهور أن للشريك مشاركة الآخر فيما قبض ، وله مطالبة الشريك بمقدار حصته ، فيكون قدر الحصّة في يد القابض ، كقبض الفضول إن أجاز له ملكه ، وتبعه النماء ، وإن رده ملكه .

(١) (٢) (٣) (٤) (٥) الوسائل الباب ٦ - من أبواب أحكام الشركة الحديث ١

القابض ، ويكون مضمونا عليه على التقديرين ، ولولف قبل إختيار الشريك كما في المسالك ، بل في التذكرة التصريح في تعين حقه به ، ولا يضمنه للشريك ، وقد أظن في المسالك في تحقيق ذلك ، وأنه من الفضولي ، وأن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم ، وبين الشركة فيما قبضه شريكه .

والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعية ، وذلك لانه وإن اتجهت الشركة مع إجازة القبض لهما ، بناء على تأثير مثل هذه الإجازة في مثله ، وإن كان فيه إشكال أو منع من وجوه ، بل لم نجده في المقام لغير قاضي الشهيدين ، لكن اختصاص القابض وملكمه مع عدمها لأوجهه ، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدافع ، وذلك لان القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه ، ومع فرض عدم إجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة ، وبية الدافع أنه مقدار حصة القابض لاتنفع في ذلك وإن وافقتهاية القابض ، بل لورضي الشريك بكون ذلك حصة للقابض ، وما في ذمة الغريم حصة له ، لم يجد ، لعدم صحة مثل هذه القسمة .

و دعوى - جوازها لكنّها مراعاة بقبضه ، فإن حصل تمت ، وإلا رجع على القابض ، وشاركه فيما قبضه - تهجس بالأدليل ، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحة قسمة الدين ، و للمعلوم من أنه مع عدم إجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون كذلك ، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض ، وحينئذ فإن لم يكن نعمة إجماع أشكال الحكم بملك القابض جميع ما قبضه ، بعد عدم الإجازة ، بل ولا بعضه اللهم إلا أن يقال : إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصة للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركة ، بل هو في الحقيقة إجازة لذلك .

نعم جعله حصة له ، لا يتم قسمة إلا بقبض الشريك مقابله ، على وجه يقع الرضا منهما معاً بأن لكل منهما ما في يده ، فمع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض على الشركة ، فله الرجوع عليه ، وأخذ نصيبه منه ، إذ لم يدخل في ملك القابض ، وذلك الرضا الذي وقع من الشريك أولاً يكون ما قبضه حصة له ، لا يفيد تملكاً مع احتماله ، لكن على جهة التزلزل ، إلا أن الأقوى خلافه ، وإن كان ذلك كله

كما ترى .

وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ضعف ما عن ابن ادریس من اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من حقه ، ولا يلحقه الآخر فيه ، لان اشتراك الدين في الذمة لا يمنع من تعيين حق واحد في معين .

ولان لكل واحد أن يبرء الغريم من حقه ، ويصالح منه على شيء ، بحيث إذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه .

ولأن متعلق الشركة بينهما هو العين ، وقد ذهبت ، و لم يبق لهما إلا دين في ذمته ، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة ، فلا يشاركه الآخر فيما أخذ .

ولأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله ، والمفروض ليس منه ، وذلك لأن الشريك لم يقبض إلا لنفسه .

ولانه إن وجب الاداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه حق ، لكن المقدم حق بالاتفاق ، فالتالي مثله ، وذلك لان وجوب الاداء بالمطالبة بحصة الشريك فرع التمكن من تسليمها ، لاستحالة التكليف بالمتنع ، فإذا ثبت تمكنه من دفعها - على أنها للشريك - ودفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق .

ولانه لو كان للشريك في المدفوع حق ، لزم وجه قبض ، وهو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير إذن .

ولانه لو كان كذلك لوجب أن يبرء الغريم من مقدار حقه من المدفوع ، لاستحالة بقاء الدين في الذمة ، مع صحة قبض عوضه ، لكن التالي باطل عندهم ، لكونهم يحكمون بأنه مختير في الاخذ من أيهما شاء .

ولانه لو نهى الشريك عن قبض حقه ، فإن تمكن من المطالبة بحصته ، وجب أن لا يكون للشريك فيها حق ، وإلا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك إيائه من القبض . ولان المقبوض إما أن يكون مالا مشتركا ، أولا ، فإن كان مشتركا وجب على

ندير تلفه أن يتلف منهما ، كسائر أموال الشركة ، و تبرء ذمة الغريم منه ، وإلا لم يكن للشريك فيه حق .

وقد مال إلى ذلك في جامع المقاصد ، فقال : « ولا يخفى أن بعض هذه الوجوه بغاية القوة والمتانة ، والروايات لا تقاومها ، مع أنها قابلة للتاويل فمختار ابن ادريس يويّ متين ، كما اعترف به المصنف في المختلف ، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى ، وتبعه على ذلك ثاني الشهيدين .

إلا أن الجميع كما ترى ، بعد التأمل الجيد فيما ذكرنا ، مع قطع النظر عن النصوص إذا لا أول مصادرة محضة ، خصوصاً بعد ما عرفت من تحقق الإشاعة في العين كلية كانت أو شخصية .

و ابراء أحدهما الغريم أو الصلح معه بشيء يمحض الباقي للشريك الآخر ، فإن الإبراء يتعلق بالمشاع على إشاعته ، وكذا الصلح ، فمع فرض حصولهما وعدم تصور ملك الشخص على نفسه ليتمحض الباقي للشريك الآخر ، وقد ذكر طرق متعددة لاختصاص كل منهما بما يأخذه إذا أراد ، إلا أنه خروج عن مفروض المسألة .
والثالث : أيضاً مصادرة محضة كما عرفت .

و الرابع : مبنى على ملك الشريك لما قبضه الآخر قهراً ، والفاصل لا يلتزمه بل يشترطه بالاجازة على الوجه الذي سمعت .

والخامس : بعد تسليم أن له المطالبة منفرداً ، وجوب الاداء له لا يقتضى ما ذكره الخصم ، بل يمكن أن يكون ولو بالجمع مع شريكه ، أو بتعين حقه بأحد الوجوه المعينة له عن صاحبه ، بصلح ونحوه .

والسادس قد عرفت توقف الحق على الاجازة فلا جهة قبض فيه .

والسابع : مع الاجازة ، لا إشكال في الإبراء والتخيير إنما هو في الاجازة وعدمها كما عرفت ذلك مفصلاً ، أو في القسمة على الوجه الذي ذكرناه ، على أن التخيير المزبور لم أجده في الخلاف والنهاية والوسيلة بل الموجود شارك مثل عبارة المتن وما شابهها وظاهرهم تعيين الشركة ، وليس ذلك إلا للاذن للشريك في القبض ،

فإنه يكون حينئذ مالا للشركة وإن نوى لنفسه ، بل لو أذن له الشريك في القبض لنفسه فقبض يكون أيضاً مشتركاً ، للمعلومية كون القيد لقواً لعدم إمكانه ، والنصوص المزبورة محمولة على الإذن ، فلا يقدح عموم ما اقتضى أحدهما ، لما عرفت ، وفي الوفاء بغير الجنس وجهان ، ومثله المقاصة به لنفسه ، أما المقاصة بالجنس فكالوفاء به .

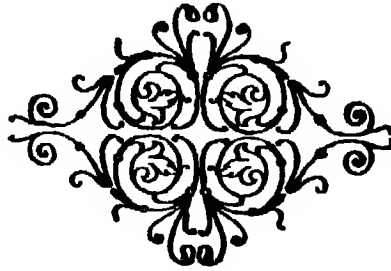
والثامن : قد عرفت الجواب عنه بما عن الخامس ، كما أن التاسع يرفق ما فيه مما تقدم في السابع وغيره ، فمن القريب دعوى المتانة في هذه الوجوه التي هي واضحة الفساد ، والتحقيق ما عرفت . نعم لكل منهما طرق في الاختصاص لو اراده ، كالصلح والتأجيل المقتضي للإفراز بعقد لازم مثلاً ، والضمان والحوالة ، والشراء بها شيئاً وبحو ذلك مما لا ينافي التصرف بها على الإشاعة كذا أوضحنا ذلك كله في محله والله العالم .

المسألة (التاسعة : إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدة معينة صححت الاجارة) لعموم أدلتها الشامل لذلك (وبملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة) لأنه نماء عمله المملوك له ، فهو في الحقيقة كالعبد المملوك الذي يكون لسيده .

نعم قد يشكل ذلك بأنه لا يتم بناء على عدم قبول هذه الأشياء للنيابة الذي صرح به المصنف في كتاب الوكالة وأنه يملكها المحيز وإن نواها للغير كما سمعته منه هنا ، مع التردد في اعتبار النية ، ومن هنا صرح في جامع المقاصد بأنه إذا جوزنا التوكيل في هذه جوازنا الاجارة عليه ، وإن منعناه منعنا الاجارة ، خاكياً له عن صريح التذكرة قال : « وظاهر الشرايع في كتاب الشركة صحة الاستيجار مطلقاً نظراً إلى أنه بالاجارة تصير منافع الاجير مملوكة للمستأجر ، فيملك ما حازه ، ويضعف بانه على القول بعدم صحة التوكيل في الحيابة لا يتصور صحة الاجارة » . قلت : قد يمنع التلازم ويكون حينئذ ملك المباح في القرض من توابع ملك العمل بالاجارة وهو غير التملك بالنيابة في الحيابة فتأمل جيداً والامر سهل عندنا بعد ما عرفت أن المختار عندنا صحة التوكيل ، واعتبار النية بالمعنى الذي أسلفناه

هذا كله لو ضبط العمل بالمدّة .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو استأجره لصيد شيء بعينه لم يمسح ﴾ ، لعدم الثقة بحصوله غالباً ﴿ بناء على اشتراط ذلك فيها ، كما عرفت نظيره في البيع وتعرف تمامه في كتاب الإجارة والله الموفق والمعين .



﴿ كتاب المضاربة ﴾

من الضرب في الارض ، لضرب العامل فيها للتجارة ، وابتغاء الربح يطلب صاحب المال ، فكان الضرب مسبب عنهما ، طردا لباب المفاعلة في طرفي الفاعل ، او من ضرب كل منهما في الربح بسهم ، أو لما فيه من ضرب المال وتقليبه ، كذا قيل ولعل الأولى من ذلك في تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيهما هو الآخر من المال والعمل ، ويقال : للعامل مضارب ، بكسر الراء ، لانه الذي يضرب في الارض .

ولم نثر على اشتقاق أهل اللغة إسماً لرب المال من المضاربة التي هي لغة أهل العراق ، فلما اهل الحجاز فيسمونه قراضاً ، من القرض بمعنى القطع الذي منه المقرض ، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة ، وسلمها للعامل الذي أقطع له قطعة من الربح ، أو من المقارضة بمعنى المساواة والموازنة ، يقال : « قراض الشاعران » اذا وزن كل منهما الآخر بشعره ، ومنه « قارض الناس ، ما قارضوك ، فان تركتهم لم يتركوك » بمعنى ساوهم فيما يقولون ، ولما كان العمل من العامل والمال من المالك فقد تساويا وتوازنا ، او لاشتراكهما في الربح وتساويهما في اصل استحقاقه ، وإن اختلفا في كميته ، ويقال للعامل هنا : مقرض بالفتح ، وللمالك بالكسر ، والامر في ذلك كله سهل ، لعدم الثمرة المعتد بها على ذلك .

إنما الكلام فيما ذكره في المسالك ، تبعاً للتذكرة ، قال : « واعلم ان من دفع إلى غيره مالا ليتجربه فلا يخلو إما أن يشترط كون الربح بينهما أو لاحدهما أو لا يشترط شيئاً : فان شرطاه بينهما فهو قراض ، وان شرطاه للعامل ، فهو قرض ، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة ، وان لم يشترط شيئاً فكذلك إلا أن للعامل أجرة المثل » .

وفيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة إذ انقضاء كونها من القسم الفاسد ، لا انها من القرض المحتاج إلى إنشاء تملك المال بعوض في الذمة وقصد كون الربح للعامل اعم من ذلك ، وإن كان هو من اللوازم الشرعية لملك المال ودعوى الاكتفاء بقصد ذلك في تحقيقه لفجوى الصحيح ^(١) « عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام من ضمن تاجرا فليس له إلا رأس ماله وليس له من الربح شيء » ، والموقوف ^(٢) « عن أبي جعفر عليه السلام » من ضمن مضاربة فليس له إلا رأس المال ، وليس له من الربح شيء » ، إذ كما أن التضمن من لوازم القرض ، فكذا الاختصاص بالربح - يدفعها أن المتبج - بعد تسليم مضمونها ، وعدم رجحان معارضتها عليهما - الاقتصار على ذلك فيما خالف الضوابط الشرعية ، ولو فرض عدم إرادة الفاضل ، والشهيد ذلك بل مرادهما أن الدفع المجرد عن عنوان خاص يقتضي الحكم عليه بذلك ، كان فيه أيضاً منع تحقق القرض شرعاً وعرفاً بذلك ، لم أعرفت ، وأصالة الصحة لا تصلح قرينة على صرف الظاهر ، مع أنه لا يتم في المعامول خلوه عن هذا القصد نعم يمكن إرادتهما بيان حال كل من القراض ، والقرض ، والبضاعة في حد ذاته ، إلا أن المراد تحقيقه على الوجه المزبور ، وحينئذ يخرج عما نحن فيه .

ثم إن ظاهر العبارة المزبورة الفرق بين فردي البضاعة ، باستحقاق الأجر في الثاني دون الأول الذي نسب عدم الأجر فيه إلى ظاهر الأصحاب في الرياض ، بل قال : « هو حسن ، إن لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة بلزومه ، وإلا فالمتبج له لزمه » .

قلت : لا يخفى عليك عدم وضوح الفرق بينهما ، إذ التصريح في الأول منهما بكون الربح بأجمعه للمالك ، أعم من التبرع بالعمل ، وعدم إرادة الأجر عليه ، فالتحقيق حينئذ عدم الفرق بينهما ، وأن العامل يستحق الأجر فيهما ، وقيام احتمال التبرع - ما لم يعلم منه إرادة التبرع - لا يدفع أصالة احترام عمل المسلم المأذون فيه من المالك ، فضلاً عن الواقع بأمره واعترافه ، من غير فرق في ذلك بين الوقوع بصورة

(١) و (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام المضاربة الحديث - ١ - وذيله.

المضاربة وغيرها ما لم يعلم منه ارادة التبرع ، ولاين كون العامل من المعدين لاخذ الاجرة ، كالسمسار ونحوه وغيره ، مع فرض كون العمل بماله أجرة في العادة ، بل مقتضى الاصل المزبور استحقاق الاجرة على العمل المأذون فيه ، وإن لم ينو العامل الرجوع بها ، بل يكفي عدم قصده التبرع .

ولعله إلى ذلك أشار الفاضل المقداد في شرح النافع قال في البضاعة: « فإن قال أي المالك مع ذلك لا اجرة لك ، فهو وكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه بأجرة وإن قال : ولك أجرة كذا ، فإن عيّن عملاً مضبوطاً بالمدة أو العمل فذاك إجارة ، وإن لم يعين فجسالة ، وإن سكّت ، فإن تبرّع العامل بالعمل ، فلا أجرة له ، وإن لم يتبرع وكان ذلك الفعل له أجرة عرفاً ، فله أجرة مثله » .

ومن ذلك يعرف ما في كلام الرّياض الذي حكيناه عنه ، بل وفيما ذكره سابقاً في دفع إشكال استحقاق الاجرة فلاحظ وتأمل .

وكيف كان فقد علم بما ذكرنا أن المضاربة دفع الإنسان إلى غيره ما لا يعمل فيه بحصة من ربحه ، ولكن يتبعها أحكام عقود الكالوكالة والوديعة والشركة ، وغيرها كالقصب وأجرة المثل ونحوها ، والظاهر أنه المراد مما في المسالك من أن عقد القراض مركب من عقود كثيرة ، لأن العامل - مع صحة العقد وعدم ظهور ربح - ودعي أمين ، و مع ظهوره شريك ، ومع التعدي غاصب ، وفي تصرفه وكيل ، ومع فساد العقد أجير ، لا أن المراد إنشاء هذه العقود بانشاء عقدها ، وإلا كان محلاً للنظر ، مضافاً إلى ما في ذكر القصب وأجرة المثل ، والشركة في الربح في العقود .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ هو ﴾ أي تمام البحث في كتاب المضاربة ﴿ يستدعي ﴾ بيان أمور أربعة : الاول : في العقد ﴿ الذي جعله في التذكرة والقواعد من أركان هذه المعاملة ، بل صرح في التذكرة بأنه لا بدّ فيها من لفظ يدلّ على الرضا ، وظاهرهما أو صريحهما كغيرهما عدم مشروعية ما يشبه المعاطاة في البيع منها ، وهو وإن كان موافقاً لأصالة عدم ملك العامل الحصة من الربح ، إلا أنه مخالف لما دلّ على جوازها في البيع مما هو مشترك بينه وبين المقام وغيره من السيرة المستمرة ، وصدق الاسم عرفاً

وتجارة عن تراضٍ ، و نحو ذلك مما هو كاف في المشروعية ، و في تخصيص نحو قوله عليه السلام ^(١) « إنما يحلل الكلام ، ويحرم الكلام » .

فالمتجه بناء على ذلك مشروعيتها: كذلك ، و إن لم يكن المركب من الإيجاب والقبول فعليين من عقدها ، وعدم الثمرة المترتبة بين معاطاتها و عقدها لجواز الفسخ فيها ، لا ينافي الحكم بمشروعيتها على الوجه ألبزبور ، و إن كان قد سلف منّا في البيع خلاف ذلك كله ، فلاحظ .

و على كل حال فلا خلاف في اعتبار اللفظ في إيجاب عقدها ، و إن كان لا يتعين فيه لفظ مخصوص ، بل يكفي فيه كل لفظ دال على إنشاء الرضا بها مستعمل في ذلك على النهج الصحيح ، لانه المتعارف في كيفية عقدها ، بل قد عرفت فيما مضى قوّة الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة ، فضلاً عن الجائزة .

أما القبول ففي التذكرة ، و جامع المقاصد ، والروضة الاكتفاء فيه بالفعل في تحقق العقد ، خلافاً لظاهر الفاضل في القواعد وغيره ، بل صرح به بعض العامة ، بل في الرياض بعد أن حكى عن التذكرة ذلك ، و أنه يظهر منها عدم الخلاف بيننا فيه ، وفي الاكتفاء في الإيجاب والقبول بكل لفظ ، قال: « فإن تمّ وإلا فالأولى خلافه اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على أن الربح تابع للعمال ، وللعامل أجرة المثل ، المنطبق مع المضاربة تارة ، و المتخلف عنها أخرى على المتيقن ، ولعله لذا اعتبر فيها التواصل بين الإيجاب و القبول ، والتنجز و عدم التعليق على شرط أو صفة ، و هو حسن على ما حققناه .

ولكن على ما ذكره - من الاكتفاء بالفعل في طرف القبول ، وبكل لفظ فيه وفي طرف الإيجاب بناء على جواز العقد - مشكل ، وسؤال الفرق بينه وبين اعتباره إيهاماً متّجه ، وكأنه أخذ ذلك أو بعضه من جامع المقاصد ، فإنه بعد أن حكى عن التذكرة اعتبار التواصل ، قال : وفيه نظر ، لأن ذلك معتبر في العقود اللازمة خاصة ، دون الجائزة من الطرفين ، وسيأتي التصريح بذلك في الوكالة .

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث - ٣ - .

قلت : لا يخفى عليك ما في ذلك كله ، بناء على تحقق المضاربة في المركب من الفعلين إيجاباً وقبولاً ، فضلاً عن محلّ الفرض ، وأقصاه أنه لا يكون عقد مضاربة ، وإلاّ فهو مشروع يترتب عليه أحكام المضاربة ، مع أنه يمكن القول بتحقيق العقد أيضاً بالقبول الفعلي ، بناء على تعارف عقدها بذلك بين المشرعة ، ومثله كاف في ذلك لكن لا ثمرة مهمة هنا بعد فرض المشروعية بين كون هذه الكيفية عقداً أولاً ، لما سمعته من عدم الفرق بينهما في الجواز ، وغيره من أحكامها .

نعم بناء على عدم مشروعية التعاطي فيها يتّجه حينئذ البحث في القرض ، ولعلّ المانع فيه مستظهر ما لم يثبت تعارف كيفية عقدها بذلك ، لكن قد عرفت التحقيق إن لم يكن ثم إجماع بخلافه ، ودونه خرق القناد ، وإن كان كثير من كلماتهم تفيد الناظر فيها تشويشاً على نحو ما في بعض كتب العامة .

أما غير ذلك مما يعتبر في غيرها من العقود ، كالتواصل والتنجيز فيبقى على مقتضى ما دلّ على اعتباره ، الذي لا فرق فيه بين الجائر واللازم ، ضرورة كونه من كيفيات العقد ، والتوسع في العقود الجائزة بالنسبة إلى الاكتفاء في إيجابها مثلاً بكل لفظ ، لا يقتضى التوسع فيها بالنسبة إلى ذلك ، وثبوتها في الوكالة للدليل ، لا يقتضي الثبوت في غيرها ، بعد حرمة القياس ، وهذا كله في التواصل أمّا التنجيز فلا ريب في اعتباره ، لاتحاد الطريق فيها وفي العقد اللازم كما حققناه في محله . والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ هو جائز من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخه ، سواء نضّ المال ﴾ بأن صار دراهم أو دنانير ﴿ أو كان به عروض ﴾ بلا خلاف فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم . لكن ذكر غير واحد أنه إن كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلا شيء له ، وإن كان المالك ضمن للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت ، صوّنا للعمل المحترم من الخلو عن الأجر ، مع احتمال عدم اللاصل ، وإقدام العامل عليه بمعرفة جواز العقد ، وإمكان فسخه قبل ظهور الربح ، بل وبعده مع تحقق الوضعية المستغرقة له ، لكونه وقاية لرأس المال . قلت : قد يقال : إن قاعدة احترام عمل المسلم المأذون فيه التي قدّمتها سابقاً

تقتضي استحقاق الأجرة في الأول ، كما عن التذكرة ، فضلاً عن الثاني ما لم يكن إجماع ، والإقدام على جواز العقد أعم من الإقدام على التبرع .
 ﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لو اشترط فيه ﴾ أي عقد المضاربة ﴿ الأجل لم يلزم ﴾ العقد مدته على أحد منهما ، فيصح لكل منهما فسخه قبله ، بلا خلاف أجده فيه ، للأصل وغيره . نعم في المسالك وغيرها بعد تفسير العبارة ونحوها بما سمعت قال : « لكن العقد والشرط صحيحان ، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده ، لأن التصرف تابع للأذن ، ولا إذن بعده ، وأما العقد فلأن الشرط المذكور لم يناف مقضاه ، إذ ليس مقضاه الإطلاق » .

قلت : قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفي اللزوم ، بقرينة قوله متصلاً بها ﴿ لكن لو قال : إن مرت بك سنة مثلاً ، فلا تشتري بعدها وبع صح ﴾ عندنا ﴿ لأن ذلك من مقتضى العقد ﴾ الذي هو تسلط رب المال على فسخ القراض متى شاء ، وعلى منعه العامل عما يشاء من النوع والزمان والمكان ، ضرورة ظهور الاستدراك فيه في أن الأول ليس كذلك ، بل هو من أفراد المسألة التي ذكرها بقوله أيضاً .
 ﴿ وليس كذلك لو قال : على أني لا أملك فيها ﴾ أي السنة ﴿ منعك ﴾ فانه شرط باطل ﴿ لأن ذلك منافي لمقتضى العقد ﴾ بل المشهور كما قيل : بطلان العقد معه ، فالتحقيق حينئذ أن يقال : إن أريد باشرط الأجل المعنى الأول صح ، وإن أريد به المعنى الثاني بطل وأبطل ، كما صرح به غير واحد ، بل لم أجد خلافاً هنا في بطلانه ، وزاد في القواعد وجامع المقاصد اشتراط ضمان العامل المال ، أو الزامه بحصة من الخسارة .

إلا أنه قد يناقش في ذلك إن أريد بها الكناية عن اللزوم مثلاً بالعارض ، ولو بالشرط ، لا أن المراد به ما ينافي حكمها شرعاً ، فإنه لا إشكال في البطلان حينئذ إنما المناقشة في الأول بمنع كونها من منفيات مقتضى العقد ، المراد به ما يعود على العقد بالنقض ، ولا ريب في عدم منافاة اللزوم لعقد المضاربة ، إذ هو كالجواز في العقد اللازم الذي لا إشكال في صحته اشتراطه .

ومن هنا كان له شرطه : أي اللزوم في العقد الجائز بعقد لازم آخر ، ولو أنه من المنافي لمقتضاه لم يصح ذلك ، إذ هو كاشتراطه عدم الملك في البيع ، ونظيره هنا عدم ملك العامل الحصّة من الربح ، لا اشتراط اللزوم في المضاربة ، وكذا الكلام في الضمان الذي لا ينافي كون الشيء أمانة ، فإن كثيراً من الأمانات مضمونة كعارية الذهب والفضة ، والعارية المشترط فيها ذلك ، والمقبوض بالسوم ، وغير ذلك ، بل ستسمع ضمان العامل في كثير من صور المضاربة ، بل وكذا الكلام في اشتراط الزام العامل حصّة من الخسارة ، فإن جميع هذه الأمور من الاحكام ، أو ممّا هو مقتضى إطلاق العقد ، لا أنّها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض . فتأمل جيداً .

بقي شيء وهو أنه قد صرح الفاضل في القواعد و تبعه في جامع المقاصد بصحّة ربط المالك على العامل المضاربة في مال آخر ، أو أخذ بضاعة منه ، أو قرض أو خدمة في شيء بعينه ، معللاً له الثاني منهما بعموم قوله تعالى ^(١) « أو فوا بالعقود » وقوله ^(٢) المؤمنون عند شروطهم ، لكن عن ابن البرّاج الجزم بفساد العقد والشرط ، وكذا من المبسوط ، إلا أنه قال : أخيراً « ولو قلنا القراض والشرط جائز ، لكن لا يلزم الوفاء به كان قوياً » ثم إنّه في جامع المقاصد قد حكي عن التحريم عدم لزوم الوفاء به ، - ثم قال : - « وهو حق ، فإن العقد جائز من الطرفين ، لكن لم يذكروا حكم ما إذا عمل العامل ولم يف بالشرط ، فظهر ربح ، والذي يقتضيه النظر أن للمالك الفسخ بفوات ما جرى عليه التراضي ، فيكون للعامل أجره المثل ، وللمالك الربح ، - إلى أن قال - ولو شرط ذلك من طرف العامل على الملك ، فالحكم كما هنا ، بغير تفاوت إلا أن الفسخ هنا بعد العمل إذا لم يحصل الوفاء يكون للعامل ، لأنه إنما رضي بالحصّة القليلة مع هذا الشرط » .

قلت : لا يخفى عليك ما في الذي جمعه مقتضى النظر ، فإن التزام تسلط المالك والعامل بعد العمل على الفسخ بفوات الشرط ، وأخذ المالك تمام الربح ، والعامل أجره

(١) سورة المائدة الآية ١-.

(٢) الوسائل الباب ٢٠- من أبواب المهور الحديث ٤- .

المثل مما لا يمكن التزام فقيهه له ، فالتحقيق عدم مدخلية الشرط في ذلك ، وإنما الكلام في حكمه بالنسبة إلى وجوب الوفاء به ، وعدمه ، فيحتمل الأول ، لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد ، وعدم إنشاء فسخه ، لكونه حينئذ كنفس مقتضى العقد ، إذ هو من توابعه ، وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى ^(١) « ادفوا بالعقود » بناء على كون المراد منه الأمر بالوفاء بمقتضى كل عقد لم يحصل له فاسخ جائز ولازم وفي قوله « المؤمنون عند شروطهم » ويعتدل الثاني لا بمعنى تسلطه على فسخ العقد بل على معنى عدم وجوب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد ، للأصل السالم عن معارضة الآية المراد منها العقود اللازمة ، لظهور الأمر فيها بالوجوب المطلق وكذا قوله : « المؤمنون عند شروطهم » المراد منه بيان صحة أصل الاشتراط ، وأما لزوم وعدمه فيتبع العقد الذي تضمن الشرط ، فإن كان لازماً وجب الوفاء بالشرط ، لكونه حينئذ من توابع العقد ، والا لم يجب بل يكون حينئذ شبيه الوعد .

ولعل هذا مراد الشيخ والفاضل في التحرير من المحكي عنهما ، لأن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد - باعتبار جواز العقد ، وإلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد - إذ هو كما ترى لا دليل عليه ، بل المعلوم خلافه ضرورة عدم كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لا يجب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد ، فإن من استودع أو وكل أو استعار أو ضارب : أي جاء بعقد من هذه العقود ، لا يجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك ، فبأخذ الوديعة مثلاً ، ويفعل ما وكل ويتناول العارية ، ويأخذ عين مال القراض فالشرط أولى ، ومنه يعلم حينئذ أنه هو مراد الشيخ والفاضل فيما ذكرناه من عدم لزوم الوفاء به وهو لا يخلو من قوة ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لو اشترط ﴾ على العامل ﴿ أن لا يشتري إلا من زيد ، أو لا يبيع إلا على عمرو صح ﴾ لأن الناس مسلطون على أموالهم ﴿ وكذا لو قال : ﴿ له ﴾ على أن لا يشتري إلا الثوب الفلاني ﴾ مثلاً ﴿ أو ثمرة البستان الفلاني ﴾

سواء كان وجود ما أشار اليه عاماً أو نادراً ﴿﴾ لما عرفت خلافاً لبعض العامة فلم يجوز
الاخير ﴿﴾ و ﴿﴾ هو واضح الضعف .

نعم ﴿﴾ لو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه كالشجر أو الغنم قيل: يفسد ﴿﴾
بل لم أجد من جزم بالصحة من أصحابنا وذلك ﴿﴾ لأن مقتضاه ﴿﴾ أي القراض الاشتراك
في الربح الحاصل من ﴿﴾ التصرف في رأس المال ﴿﴾ وإن تبعه النماء أيضاً في بعض الاحوال
لا حصره في الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه ، لا أقل من الشك في تناول
الاطلاقات له و الأصل الفساد ﴿﴾ و ﴿﴾ لكن مع ذلك ﴿﴾ فيه تردد ﴿﴾ مما سمعت ،
ومن إمكان منع اعتبار ذلك في القراض الذي هو دفع المال من ربه ، والعمل من العامل
والاشتراك فيما يحصل من ذلك ، سواء كان نماء فعل أو مال ، إذ هو أيضاً مسبب عن
فعل العامل الذي هو شراء ذى النماء ، لكن يقوى في النظر الاول .

نعم لو قال له : اشتريه وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا ،
فلاقوى الصحة ، لاطلاق الأدلة ، كما لو أنه اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها ، شارك
في النماء قطعاً ، و دعوى - اعتبار شراء مع بيع ولو مرة في المضاربة - واضحة المنع ،
وبذلك نهر لك أن لشركة العامل في النماء صوراً ثلاثة احديها معلومة الصحة ، و
الثانية مظنونة ، والثالثة يشك في شمول الاطلاق لها ، والأصل الفساد ، كما أنه ظهر
لك من ذلك ما في المسالك وغيرها فلاحظ و تأمل .

﴿﴾ وإذا أذن له في التصرف ﴿﴾ بمعنى أنه عقد معه عقد المضاربة مثلاً و أطلق
﴿﴾ توكلياً بإطلاق الإذن ﴿﴾ الاستفادة من العقد ما يعتاد بالنسبة إلى مثل تلك التجارة ،
ومثل ذلك العامل في مثل ذلك المكان و الزمان ﴿﴾ ما يتولاه المالك ﴿﴾ وغيره ﴿﴾ من
عرض القماش ، والنشر والطي ، و احرازه و قبض الثمن ، وإيداعه الصندوق ، واستيجار
من جرت العادة باستيجاره ، كالدلال و الوزان و الجمال ﴿﴾ وغير ذلك مما لا يمكن
تعميده بالتعداد ﴿﴾ عملاً بالعرف ﴿﴾ الذي هو الضابط لذلك ﴿﴾ و ﴿﴾ حينئذ ف ﴿﴾ لو
استأجرا ﴿﴾ مثلاً ﴿﴾ الاول ﴿﴾ الذي جرت العادة بمباشرة ﴿﴾ ضمن الأجرة ﴿﴾ ، بل
يمكن ضمائه العين لو فرض تلفها بذلك .

﴿ولو تولّى الأخير﴾ الذي جرت العادة بالاستيجار له ﴿بنفسه﴾ قاصداً
لمتبرع ﴿لم يستحق أجره﴾ أمّا مع قصد الرجوع فقد يقوى استحقاقها ، بناء على
تناول الوكالة لمثل نفسه ، بل قد يقوى استحقاقه إيّاها مع الخلو عن قصد ، لقاعدة
احترام عمل المسلم المتقدمه والله العالم .

ولا ينفق العامل في الحضر عندنا شيئاً من مال القراض ﴿و﴾ «إن قلّ» ، حتى
فلس السقا ، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير .

نعم له أن ﴿ينفق في﴾ حال ﴿السفر كمال نفقته﴾ من مأكل ومشرب وملبس
ومسكن ، ووجود ذلك مما هو داخل في النفقة ﴿من أصل المال على الأظهر﴾ الأشهر
بل المشهور في التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل في محكي الخلاف الأجماع عليه ، وهو
الحجة بعد صحيح على بن جعفر ^(١) «عن أخيه أبي الحسن عليه السلام في المضارب ما أُنفق
في سفره ، فهو من جميع المال ، فإنّ قدم يديه ، فما أُنفق فمن نصيبه» ونحوه خير السكوني ^(٢)
عن أمير المؤمنين عليه السلام خلافاً للمحكي عن بعض ، من كون جميع نفقته على نفسه ،
كالحضر ، لأصل المقطوع بمعرفة ، فالعمل عليه حينئذ كالأجتهاد في مقابلة النص .
نعم عن آخر أن له تفاوت ما بين نفقة السفر والحضر ، وهو مخالف لظاهر
النص أيضاً ، المعتضد بما سمعت ، والمراد بالسفر هنا العرفي ، لا الشرعي الذي هو في
الحقيقة أحد أفراد السفر ، قد علق الشارع عليه بعض الأحكام الخاصة ، كقصر الصلوة
والإفطار ونحوهما ، كما أنه أجرى أحكام الحضر عليه مع الإقامة والتردد ثلاثين
يوماً ، وإن بقي معهما صدق اسم السفر الذي يجري عليه الحكم هنا ، لكونه عنوانه
يدور معه وجوداً وعدمًا .

نعم في المسالك وغيرها يجب الإقتصار منه على ما يحتاج إليه للتجارة ، فلو
أقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة ، قلت : هو كذلك ما لم يكن لخوف طريق مثلاً ،
أو حبس ظالم أو نحو ذلك ممّا يتعلّق بالتجارة ، ولذا قال في التذكرة : «لو أقام في

(١) (٢) الوسائل الباب ٦- من أبواب أحكام المضاربة الحديث ١- وذيله .

طريقه فوق مدّة المسافرين في بلد الحاجة لجباية المال أو لا تتظار الرفقة أو لغير ذلك من المصالح لمال القراض ، كانت النفقة على مال القراض أيضاً ، لأنه من مصلحة القراض أمّا لو أقام للراحة أو للتفرّج أو لتحصيل مال له أو لغير مال القراض ، فإنّه لا يستحق عن تلك المدّة شيئاً من مال القراض المنفقة ، أمّا لو أقام للتجارة أو لأمر آخر بحيث يكون كلّ منهما علة تامّة في الملك ففي اختصاص النفقة في مال القراض - للاطلاق وعدمه للأصل والتوزيع - أوجه ، أقواها الأول ، كما أنّ أقويها الآخر لو تركب الداعي منهما ، بحيث يكون كلّ منهما جزء العلة ، والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه فيه من مأكل ومشروب وملبوس ومركوب ، وآلات ذلك كالقربة والجوالق ، وأجرة المسكن ونحو ذلك ممّا هو داخل في اسم النفقة الآتي إنشاء الله تفصيلها في النفقات .

وحينئذ فليس المراد مؤثته المندرج فيها جوائزه وعطاياه وضيافاته ، وغير ذلك ممّا مرّ بيانها في كتاب الخمس ، وبذلك يظهر لك أنّ معنى قوله ﴿لَا يَنْفِقُ﴾ ما انفق ، ما يذهب منه نفقة له ، لأنّ جميع ما يتلفه ، وهو الموافق للأصل .

نعم يراعى فيها كغيرها من النفقات ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد فلو أسرف حسب عليه ، وإن اقتصر لم يحسب له ، لأنّه لم ينفق ذلك ، وعلى كلّ حال فإنّ عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقة ولو من الزاد يجب رده على التجارة ، كلّ ذلك ما لم يشرط عليه عدمها ، والآل لم يجز للعامل ، ولو أذن له بعد ذلك فهو تبرّع محض ، ولو شرطها على المالك فهو تأكيد ، ويقوى حينئذ وجوب تعيينها حذراً من الجهالة ، بناء على اعتبار عدمها في مثل المقام ، ولعلّه لا يخلو من نظر ، بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الآل ، لكونها ثابتة بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل ، وإن كان فيه ما لا يخفى ، ضرورة عدم رجوع ذلك إلى شيء من العقد مع عدم الاشتراط بخلافه معه .

ثم إنّ ظاهر النصّ والقنوى عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة ، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح ، لكن لو ربح بعد ذلك أخذت من الربح مقدّمة على حقّ العامل ، ضرورة كون ذلك كالخسارة اللاحقة للمال التي يجب جبرها بما يتجدد من

الريح ، كما أومى إليه في التذكرة بقوله : « والقدر المأخوذ في النفقة يحسب من الريح ، وإن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال ، وكذا في المسالك قال : « ولا يعتبر في النفقة ثبوت ربح ، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح وإن قصر المال . نعم لو كان ربح فهي منه مقدمة على حق العامل ، لكن في الرّياض « ولا يعتبر في ثبوتها حصول الرّبح ، بل ينفق ولو من الأصل ، لا إطلاق الفتوى والنّص ، ومقتضاها الاتفاق من الأصل ولو مع عدم حصول التبرّع ، ولكن ذكر جماعة أنها منه دون الأصل ، وعليه فلتقدم على حصّة العامل » .

و هو من غرائب الكلام إن أراد بالأوّل اخراجها من الأصل ، حتى لو تجدد بعد ذلك ربح ، خصوصاً بعدما سمعته من الفاضل ، وثاني الشّهيدين من أنها منه مقدمة على حق العامل ، وإن قلنا بخروجها من الأصل ، حال عدم الريح ، فالتحقيق حينئذ ما عرفته ، من أنه ينفق ولو من أصل المال ، لكن متى تجدد ربح جبر المال بمقدار ما أنفق منه ، ثم إن بقي ربح أخذ حصّته ، وإلا فلا ، وهو الموافق للتأمل في النّص و الفتاوى ، لآما سمعته منه ، ولا أنه ينفق حال عدم الريح من أصل المال ، وحال وجود الريح منه من غير جبر للأوّل .

نعم إن لم يكن ثم إجماع أمكن القول بأن النفقة إنَّما تكون للعامل ، حيث يكون ربح في المال يحتملها ، أو بعضها ، فتخرج حينئذ منه على المالك والمضارب ، وإلا فلا نفقة له ، كما أن نفقته حال الحضر من نصيبه خاصة ، ولعله أوفق بالأصل والنّص ، إلا أنا لم نجده قولاً لأحد ، وإن أراد ذلك في الرّياض بما حكاه عن جماعة كان مطالباً لتعيينهم كما لا يخفى على من لاحظ وتأمل .

وعلى كلّ حال فإنما يستحق العامل النفقة في السفر المأذون فيه ، فلو سافر إلى غيره أي بتجاوز المأذون أو إلى غير جهته فلا نفقة ، وإن كانت المضاربة باقية ، هذا وفي المسالك وغيرها أن مؤوفاً المريض والموت في السفر محسوبتان على العامل خاصة لانهما لم يتعلقا بالتجارة ، وهو كذلك بالنسبة إلى الموت ، بل والمريض إذا كان على وجه لأعمل له في المال معه ، أمّا إذا كان مرضاً لا يمنعه من العمل بالمال ، فلا ريب في

استحقاقه النفقة في تلك الحال .

نعم قد يشكل دخول مثل الدَّواء ونحوه في النفقة ، وقد حققنا ذلك في النفقات من كتاب النكاح ، من أَراده فليلاحظه ، فإن الظاهر إتحاد البحث في المقامين بالنسبة إلى ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه ﴾ عند المصنف وجماعة ﴿ التقييط ﴾ لأن السفر لاجلها ، فنفقته عليهما ، وهل هو على نسبة المالكين أو العاملين ؟ وجهان : أجودهما في المسالك تبعاً لجامع المقاصد الأول ، لأن استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ، ولا نظر إلى العمل ، ومن هنا اتجه تفريع المصنف ذلك على ما ذكره أولاً ، لكن أورد عليه في الأخير أنه يقتضى أن لا يستحق نفقة أصلاً ، لو أخذ مضاربة في حال السفر .

ثم إن الظاهر جريان التقييط على القول الآخر الذي هو وجوب ما زاد على نفقة المحضر ، ضرورة كونها حينئذ هي التي تقسط على المالكين أو العاملين ، فماعن فخر المحققين - من عدم جريان ذلك على هذا القول ، بل تكون النفقة على نفسه ، لكونه كالحاضر باعتبار اشتغاله بمال نفسه ، وإن استصحبه مال القراض - غير واضح ، والتعليل المذكور يسقطها على القول الآخر أيضاً ، ومن هنا حكى عن السيد العميد أنه جعل احتمالي سقوط النفقة و ثبوت التفاوت بين حالي المحضر و السفر خاصة في عبارة القواعد من توابع الفرض ، وهو مالمو كان معه مال آخر لنفسه ، وربما يؤيد الإحتمال الأول ، بظهور خبر النفقة في الذي ليس معه إلا مال المضاربة ، فبقى محل الفرض مندرجاً تحت الأصل .

نعم يندرج في النص المضارب الذي معه مضاربات متعدّدة ، ضرورة صدق كونه مضارباً ، والتوزيع حينئذ متجه فيه ، إمّا لأن قوله ^(١) **وَالْمُضَارِبُ** (١) من جميع المال ، يشمل مال الجميع على جهة النسبة ، أولاً ، اختصاصه بمال دون آخر ترجيح بلا مرجع مع أن علّة الاستحقاق صدق وصف المضاربة المتحققة في الجميع ، فلا عدل حينئذ

(١) الوسائل الباب ٦ - من أبواب أحكام المضاربة - الحديث ١ - .

إلا التوزيع بعد تعذر التكرار ، وقيمة النفقة ليست نفقة ، بل قد يدعى انسياق من أمثال ذلك ، كما لا يخفى على من لاحظ نظائره في النفقات ، كما أنه قد يدعى انسياق ذلك أيضاً حتى لو كان مال لنفسه مع مال القراض ، لاسقوط النفقة ، ضرورة صدق كونه مضار بامعه ، إلا أنه لما كان السفر ليس للقراض خاصة ، إتجه التوزيع المزبور .

وعلى كل حال ففى كونه على قدر الأموال أو الأعمال البحث السابق هذا . و في المسالك بعد أن ذكر التوزيع في القراضين قال : « ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق ، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين ، لأن ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل ، هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر ، أما لو علم صاحب القراض الأول ، بالثاني ، و شرط على ماله كمال النفقة جاز ، واختصت به ، ولا شيء على الثاني » .

وقد تبع بذلك الكركي قال : « لو شرط في القراض النفقة فأخذ من آخر قسط لان ذلك منزل على اختصاصه بالعمل له ، وكذا لو شرطاً ، ولو شرط أحدهما وأطلق الآخر فإن علم الأول بالقراض ، فالنفقة من ماله خاصة ، عملاً بالشرط ، وهو قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة قال فيها : « فان شرط صاحب المال الأول النفقة من مال القراض ، مع علمه بالقراض الثاني جاز ، وكان نفقته على الأول ، وإذا لم يعلم بالقراض الثاني بسطت النفقة وإن كان قد شرطها الأول لانه إنما أطلق له النفقة بناء على اختصاص عمله به ، لانه الظاهر » .

قلت قد عرفت في السابق أن شرط النفقة إنما هو مؤكد لثبوتها بدونه ، فصوره الشرط حينئذ كصورة الاطلاق بالنسبة إلى ذلك ، ولا ريب في التوزيع مع الاطلاق فيهما وإن علم أحدهما بالآخر .

نعم لو أريد من الشرط الاختصاص بالنفقة على من عليه الشرط ، إتجه ذلك ، إلا أنه لا فرق معه بين سورتي الجهل والعلم حينئذ ، ودعوى انسياق ذلك من الشرط حال العلم ، دون الجهل لا شاهد لها ، والله العالم .

﴿ ولو أفق صاحب المال مسافراً ﴾ مثلاً ﴿ فاتزرع المال منه ﴾ بقصد فسح

المضاربة ﴿ فنفقة عوده منه خاصة ﴾ لارتفاع وصف المضاربة الذي هو سبب استحقاق النفقة ، ولا غرر ، بعد دخوله على العقد الجائر الذي هو معرض ذلك و نحوه ، فما عن بعض العامة من ثبوتها واضح الضعف .

و كيف كان فلا إشكال ﴿ و ﴾ لاختلاف في أن ﴿ للعامل ابتياح المعيب والرّد بالعيب وأخذ الارش ﴾ نعم ﴿ كل ذلك ﴾ ونحوه ﴿ مع القبضة ﴾ لان الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي يحصل بالصحيح والمعيب ، فلا يتقيد إطلاقها حينئذ بالاول ، و إن كان هو كذلك في إطلاق الوكالة ، المحتمل إرادة القنية التي لا يناسبها المعيب ، و كذلك الكلام في الرّد بالعيب ، وأخذ الارش .

﴿ و ﴾ لكن مع هذا قد ذكر غير واحد من الاصحاب أنه ﴿ يقتضى إطلاق الاذن ﴾ هنا ﴿ البيع نقداً بتمن المثل من قدا البلد ﴾ لانه المتعارف في التجارة لتحصيل الربح ، إذ في النسبة من التفرير بالمال ما لا يخفى ، كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل واحتمال الكساد في بيع العروض ، لكن في المسالك وغيرها المناقشة في الاخير بأن « المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب ، لان الغرض الاقصى منها تحصيل الربح ، و هو قد يكون بالعروض ، فالاقوى جوازها بها مع القبضة ، إلى أن قال : « ولو أذن له في شيء من ذلك عموماً أو خصوصاً « كتصرف كيف شئت » و بحسب رأيك وفطرك ونحو ذلك ، فإنه يجوز له البيع بالعروض قطعاً ، أما النقد و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح ، و ما أبعد ما بينه وبين فاضل الرياض حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الإطلاق ، و إن كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادراً ، وظني أنه لا موافق له على ذلك ، و إن كان قد يتوهم من بعض العبارات .

و التحقيق أنه لا وجه للتوقف مع المصلحة ، إذا كان الاذن على وجه العموم ، فله البيع نسبيته وبدون ثمن المثل ، أما مع الإطلاق فالمدار حصولها في الأفراد المتعارفة بين التجار في تحصيل الأرباح ، و أما النادر و إن فرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الإطلاق ، إذ ليس العنوان الاذن في عمل كل ما فيه مصلحة ، و إنما هو الإطلاق المنصرف إلى الأفراد المتعارفة التي منها نقصان ما يتسامح به الناس ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فقد ذكر المصنف وغيره أنه ﴿ لو خالف ﴾ مادل عليه اللفظ ﴿ لم يعض إلا ﴾ مع إجازة المالك ﴿ لكونه تصرفاً قد وقع بدون إذن المالك ، وهو غير باطل عندنا ، وإنما هو فضولي ، فإن أجازته فذلك في المسالك تبعاً لجامع المقاصد ، إنه مع الإجازة بان قدر على تحصيل النسيئة ، وإلا ضمن الثمن ، لثبوته بالبيع الصحيح ، لا القيمة ، ومع عدمها يجب استرداد العين مع الإمكان ، وإلا ضمن قيمة المبيع أو مثله ، لا الثمن المؤجل وإن كان أزيد ، ولا التفاوت في صورة النقيصة لأنه مع عدم الإجازة بيع باطل ، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير إذن شرعي .

قلت : قد يناقش في ضمانه بأنه مع إجازة المالك ورضاه بالبيع نسيئة ، صار الثمن الذي في ذمة المشتري له برضاه ، ولم يحصل من العامل ما يقتضي ضمانه ، بل لعل ذلك كذلك في الغاصب إذا باع المعضوب نسيئة ، ثم قدم الغاصب فأجاز المالك ذلك ورضي بالثمن الذي في ذمة المشتري أن يكون له ، خرج الغاصب من الضمان ، ولا ينتقل ضمان العين الذي كان عليه إلى الثمن الذي لم تستولى به عليه ، وكأن ذلك كله لا إشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد .

ألهم إلا أن يقال : إن ما نحن فيه مما تسمع تظافر النصوص والفتاوى به ، من ضمان العامل إذا خالف ما اشترط عليه المالك ، وإن بقيت المضاربة صحيحة و الربح بينهما ، إذ لا فرق في المخالفة بين الشرط الصريح ، أو المفهوم من الإطلاق ، فكما لو قال له : اشتر مثلاً تمرأ ، فخالف واشترى غيره كان ضامناً ، ولكنه صحيح و الربح بينهما - كما ستعرف ، فكذلك ما نحن فيه ، المستفاد من انسياق الإطلاق بل هو أولى بذلك ، والله العالم .

﴿ وكذا يجب ﴾ مع الإطلاق ﴿ أن يشتري ﴾ العامل ﴿ بعين المال ﴾ لأنه المفهوم والمتيقن منه ، خصوصاً بعد ملاحظة احتمال عدم إرادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه ، والشراء بالذمة قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره ، كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء .

﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو﴾ خالف و ﴿اشترى في الذمة﴾ للمالك ﴿لم يصح﴾ البيع إلاّ مع الإذن ﴿فيه﴾ ، ولو لاحقاً ، لكن قد يشكّل ذلك باقتضاء الإطلاق عرفاً الشراء بالذمة على وجه الحلول ، وإرادة الدفع من مال المضاربة ، كما هو المتعارف بين الناس ، من غير فرق بين الملاك والعمال والوكلاء وغيرهم .

نعم ليس له الشراء في الذمة على إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة ، فإنّه ليس في الإطلاق ما يشعر بالإذن بذلك ، ويمكن إرادة الأصحاب المنع عن هذا بالنصوص لا ما يشمل الأول الذي قد يتسامح في العرف يجعله من الشراء بالعين ، فإنّ اتفاق عروض ذلك من العامل ، وفرض تلف مال المضاربة ، أدّى المالك من غيرها حينئذ ، لما عرفته من تناول الإطلاق الإذن على الوجه المزبور ، المفروض وقوعه .

و من ذلك يعلم ما في التعليل المذكور ، كما أنّ منته يعلم أنّه مع تأدية المالك في القرض المزبور من غير مال المضاربة ، يكون ذلك من مال القراض ، لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك ، كما عن الشيخ في المبسوط التصريح به ، وإنّ حكى عنه أنّه حكى فيه وفي الخلاف أقوالاً غير محصّلة ، لأفائدة في ذكرها ، كما لا محصل معتدّ به لما أطنب به في الرياض من ذكر الإشكال المزبور ، والجواب عنه ، والنظر في الجواب فلا حظ و تأمل .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لو اشترى﴾ العامل ﴿في الذمة﴾ بنية أنّه للمالك ﴿لامعه﴾ أي الإذن منه ، لاسبقاً ولومن الإطلاق المزبور ، ولا لاحقاً ﴿و﴾ لكن ﴿لم يذكره﴾ أي المالك على وجه يفهم البائع أن البيع له ﴿تعلق الثمن بزمته ظاهراً﴾ و ان كان هو فاسداً في نفس الامر ، ويجب عليه التخلص من البائع بمقاصة ونحوها .

نعم لو وقع الشراء منه بلا نية أنّه للمالك ، أو لنفسه تعلق الثمن بزمته ظاهراً وواقعاً ، وكان الربح له ، كما لو نوى لنفسه ، لظهور المعاملة في ذلك ، حتى لو فرض كونه مأثوثاً في الشراء في الذمة للمالك ، لكن لا ينصرف الشراء في نفس الامر عن وقعت المعاملة له إلاّ بنية أنّه له ، كما هو واضح ، فما في الرياض - من الوقوع للمالك

في هذه الصورة - واضح الضعف ، ألا أن فيما حضرني من نسخته غير نقيّة من الغلط .
نعم لو كان قد نوى المالك ثم أجاز كان له ، بل ربّما ظهر من المقداد كونه مال
قراض حينئذ ، كما أنه يبطل مع ذكره له لفظاً ، وعدم اذنه سابقاً ولاحقاً ، وبذلك
كله بان لك صور المسألة و أحكامها ، لكن الإصاف عدم خلو جعله مال قراض مع
الإجازة اللاحقة و أداء الثمن من غير مالها من اشكال ، أو منع والله العالم .
﴿ ولو أمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها ﴾ أتم وضمن المال ، لتعديده ،
و ان نفذ بيعه ، و كان الربح بينهما ، اذ لامنافاة بين ذلك ، و بين المنع من السفر ،
لكونه مأذوناً في التجارة من حيث هي تجارة ، و ان لم يجز له السفر ، فإن المنع من
أحد المتقارنين لا يقتضى بمجرّد هذه المنع من الآخر ، بل هو كذلك حتى في صورة الإطلاق
فإن الظاهر عدم استفادة الإذن منه في السفر ، كما صرح به غير واحد ، بل في
جامع المقاصد نسبته الى علمائنا ، لما فيه من التفرير بالمال ، خلافاً لبعض العامة ، من
غير فرق بين خوف الطريق و أمانه ، و على كلّ حال فلا اشكال ولا خلاف عندنا في
الحكم المزبور .

و في الصحيح ^(١) عن أحدهما « سألت عن رجل يعطي المال مضاربة و ينهى أن
يخرج ، قال : يضمن المال والربح بينهما » .

و في صحيح الحلبي ^(٢) عن الصادق عليه السلام « في الرجل يعطي للرجل المال فيقول :
أنت أرض كذا و كذا ولا تجاوزها ، واشتر منها ؟ قال : فإن جاوزها و هلك المال فهو
ضامن ، و ان اشترى متاعاً فوضع فيه ، فهو عليه ، و ان ربح فهو بينهما » .
و في خبر أبي بصير ^(٣) عنه عليه السلام أيضاً « في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة
و ينهاء أن يخرج به الى أرض أخرى ، فعصاه قال : هو ضامن ، و الربح بينهما اذا
خالف شرطه و عصاه » .

(١) الوسائل الباب ١ - من ابواب احكام المضاربة الحديث ١ - ١ .

(٢) (٣) الوسائل الباب ١ - من ابواب احكام المضاربة الحديث ٢ - ١٠ - .

و خبر أبي الصباح ^(١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة ، يعطي الرجل المال يخرج به إلى أرض ، وينهى أن يخرج به إلى غيرها ، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فغصب المال ؟ فقال : هو ضامن ، وإن سلم فهو بينهما » .

بل في صحيح الحلبي ^(٢) عنه أيضاً أعم من ذلك قال : « في المال الذي يعمل به مضاربة ، له من الربح ، وليس عليه من الوضعية شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال ، فإن العباس كان كثير المال ، وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ، ويشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد ، ولا يشتروا ذاكبد وطبة ، فإن خالفت شيئاً ممّا أمرتك به فأنت ضامن للمال » وفي صحيحه الآخر ^(٣) عنه أيضاً « في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة ، فيخالف ما شرط ؟ قال : هو ضامن ، والربح بينهما » .

وفي خبر أبي الصباح ^(٤) عنه أيضاً « في الرجل يعمل بالمال مضاربة ؟ قال : له الربح وليس عليه من الوضعية شيء ، إلا أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال ، في صحيح جميل ^(٥) عنه أيضاً « في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذي أمره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط » .

و إليه أشار المصنف بقوله ﴿ أو أمره بابتياح شيء بعينه فابتاع غيره ضمن ، ولوربح والعال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط ﴾ إلا أنه أشكله بمخالفته القواعد المعلومة ، ضرورة عدم الدخول في الملك مع عدم الإذن لاحقاً وسابقاً ، فكيف يتجبه استحقاق الربح حينئذ ، ومن هنا جحد بعض الناس على ما في النصوص ، ولعلّ اقتضار المصنف على هذين الصورتين لذلك ، لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالة على الأعم من ذلك ، وهو كل شرط قد خولف ، وهو الذي جزم به غير واحد ، قائلاً أنه لا بأس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الأصحاب إلا أنه كما ترى أيضاً .

(١) (٢) (٣) (٤) (٥) الوسائل الباب ١ - من أبواب أحكام المضاربة الحديث

ويمكن تنزيل هذه النصوص على إرادة بقاء الإذن في المضاربة ، وإرادة الضمان من الإشتراط ، كما يؤمى إليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق ، وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم ، بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط كما عساه يؤمى إليه خبر رفاة ^(١) عن أبي عبدالله عليه السلام « في مضارب يقول لصاحبه إن أنت أذهبت أو أكلته ، فأنت له ضامن ؟ قال : هو له ضامن إذا خالف شرطه » هذا .

و في المسالك « يجب تقييد المخالفة في جهته بما إذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعينة أو يزيد ، فلو كان ناقصاً لا يتغابن بمثله لم يصح » ، كما لو باع بدون ثمن المثل ، و مثله في جامع المقاصد وزاد « أنه إذا أجاز المالك كان الثمن مضموناً » .

قلت : قد يقال بالصحة من غير احتياج إلى الإجازة ، لما سمعته من النصوص أن البيع صحيح مع المخالفة ، ولكنه ضامن للوضعية ، ولا ريب أن محلّ القرض من ذلك ، والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ فبموت كل منهما تبطل المضاربة ، لأنها في المعنى وكالة ﴾ التي هي كغيرها من العقود الجائزة ، نحو العارية و الوديعة تنفسخ بالموت والجنون والاعماء ، ونحو ذلك مما يقتضي بطلان الإذن من المالك التي هي بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه ، بل ظاهر الأصحاب في المقام وغيره عدم تأثير إجازة الوارث أو ولي المالك في حال الجنون والاعماء ، لتصريحهم بالإفساخ بعروض أحد هذه العوارض ، وحينئذ فإذا أريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانية شروط الأولى من انقضاء المال دراهم و دقائق و غير ذلك كما هو واضح .

ثم إن كان الميت المالك ، وكان المال ناقصاً لاربح فيه أخذه الوارث ، وإن حصل فيه ربح اقتسماه ، وليس لأحدهما الفرء مزاحمة العامل في حصته ، لما استقر في إنشاء الله من ملكه لها بالظهور ، فكان شريكاً للمالك ، وإن كان المال عروضاً ، ففي المسالك « إن

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب أحكام المضاربة الحديث ٨ - .

للعامل يبيعه إن رجبى الربح ، وإلا فلا ، و للوارث الزامه بالانقضاء انشاء مطلقاً ، وفيه أنه ليس للعامل البيع من دون إذن الوارث الذي قد انتقل اليه وإن رجبى الربح ، كما أنه ليس للوارث الزامه بالانقضاء مطلقاً بعد انقضاء المضاربة ، اللهم إلا أن يقال : إنه حق للميت ، فينتقل إلى وارثه .

و إن كان الميت العامل ، فإن كان المال ناضاً ولا ربح أخذه المالك ، وإن كان فيه ربح دفع إلى الورثة حصصهم منه ، ولو كان هناك متاع واحتيج إلى البيع والتنضيق فإن أذن المالك للوارث فيه جاز ، وإلا نصب الحاكم أميناً يبيعه ، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصته الوارث ، وإلا سلم الثمن للمالك والله العالم .

الامر ﴿ الثانى : فى مال القراض ﴾

﴿ ومن شرطه أن يكون عيناً ﴾ فلا يجوز بالدين ﴿ وأن يكون دراهم أو دنانير ﴾ بخلاف أجده في شيء منه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى ما قيل : من أصالة الفساد هنا ، السالبة عن معارضة ^(١) « أو فوا بالعقود » ^(٢) « والمؤمنون عند شروطهم » وهو ذلك مما عرفت إرادة العقود اللازمة منه ، وعن الإطلاقات التي لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربة ، وإنما هي في معرض أحكام آخر ، وإن كان لا يخلو من تأمل ، ضرورة الاكتفاء ^(٣) « بتجارة عن قراض » ونحوه في ذلك بعد الإغضاء عن دعوى عدم إطلاق صالح ، ولكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور .

ومنه يعلم أنه لا وجه لقول المصنف ﴿ وفي القراض بالنقرة ﴾ التي هي القطعة المذابة من الذهب والفضة ﴿ تردد ﴾ ضرورة عدم كونها حينئذ منهما ، ومن هنا لم نعرف مخالفاً في عدم الجواز بها ، بل ولا متردداً غير المصنف .

(١) سورة المائدة الآية - ١ - .

(٢) الوصائل الباب - ٢٠ - من ابواب المهور الحديث - ٤ - .

(٣) النساء : ٢٩ .

نعم في المسالك « ربما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة ، فإن مسح هذا الاسم كان التردد من حيث أنها قد صارت دراهم ودنانير ، وإنما تختلف السكة وهي وصف في النقدين ربما لا يقدح ، خصوصاً إذا تعول بها على ذلك الوجه ، مع أنه أيضاً كما ترى ، بعد معلومية كون الدرهم والدinar حقيقة في المسكوك للمعاملة وتختلف السكة قادح باعتبار اقتضائه انتفاع صدق اسم الدرهم والدinar ، والتعامل بغير المنقوش أو المنقوش للمعاملة ، لا يحقق الاسم المزبور ، ولو سلم تحقق الاسم بناء على أنه للأعم من المسكوك للمعاملة ، فليس حينئذ إلا الصحة .

وعلى كل حال فلا وجه للتردد بعد الجزم بشرطية الدرهم والدinar والله العالم .
 ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا يصح ﴾ بالفلوس ﴿ لفقد الشرط المزبور بل ﴾ ولا بالورق المغشوش ﴿ الذي يجب كسره ﴾ سواء كان ﴿ فيه ﴾ الغش أقل أو أكثر ﴿ إذا المراد به المغشوش بالنسبة الى تلك السكة في ذلك الزمان ، المعبر عنه في زماننا بالقلب ، لا أن المراد به ما يشمل المتعارف في زماننا من الشايات والشوشيات وغيرهما من النقد المعلوم امتزاجه بغير الفضة ، ضرورة صحة المضاربة بها ، وجوب الزكاة ، لعدم اعتبار الخلوص في الدرهم والدinar ، وإنما هو القطعة المسكوكة للمعاملة ، سواء كان خليطاً أو لا ، وإن اتفق خلوصه في ذلك الزمان ، إلا أنه أحد الأفراد ، كهيئته السابقة ، وحينئذ فلا حاجة الى ما في جامع المقاصد من تقييد نحو عبارة المصنف بما إذا لم يكن متعاملاً به ، أي المغشوش ، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة ، و صح جعله مالا للقراض ، سواء كان الغش أقل أو أكثر ، إذ قد عرفت ارادة المصنف وغيره من المغشوش ما سمعت ، لانهو ذلك كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كذا لا يصح ﴿ بالعروض ﴾ التي هي غير النقدين من المتاع مطلقاً والامتنعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ، ولا يكون حيواناً ولا عقاراً ، لا تنفاه الشرط المزبور كما هو واضح . وكان المصنف ذكر الاول ولم يستغن عنها بالعروض ، بناء على التفسير الأول ولقدفماً لتوهم الجواز في النقرة باعتبار كونها مادة للدرهم والدinar وفي الفلوس ونحوها باعتبار كونها مثل النقدين في السكة والمعاملة ، فأراد النص

عليها بعدم الجواز .

﴿ ولو دفع إليه ﴾ أى إلى العامل ﴿ آلة الصيد كالشبكة بحصة ﴾ تلك مثلاً ﴿ فاصطاد ﴾ لم يكن مضاربة قطعاً ، لا تفتاء الشرط ولا شركة لعدم الامتزاج ، ولا إجارة لعدم معلومية الأجرة ، فليس هي إلا معاملة باطلة وحينئذ ﴿ كان ﴾ ما اصطاده ﴿ للصايد ﴾ الذى قد حازه ﴿ و ﴾ لكن ﴿ عليه أجرة ﴾ المثل ﴿ للالة ﴾ كما هو واضح . نعم في المسالك وغيرها الحكم بكون الصيد للصايد مبني على عدم تصور التوكيل في تملك المباح ، وإلا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصايد ، وقد سبق الكلام على نظيره ، ويبعد بناؤه على أن العامل لم ينو بالتملك إلا نفسه ، لأن ظاهر الحال دخوله على الشركة ، وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما أجرة مثل الصايد والشبكة بحسب ما أصابه .

قلت : قد تقدم سابقاً إمكان اختصاصه بذلك وإن قلنا بصحة التوكيل ، بناء على عدمه في المقام ، لكون الأذن قد وقعت في العقد الفاسد ، فلا اثر لها ، وبية الشركة مع عدم الأذن لا تجدى ، ودخوله في ملكه يكفي فيه قصده الحيازة ، أى دخول الشيء في حيازته ، والفرض أنه قد تحقق القصد فيه ، فيكفي ذلك في دخول الشيء في ملكه ، وإن كان من قصده الشركة التي قد بان فسادها والله العالم .

﴿ ويصح القراض بالمال المشاع ﴾ بلا خلاف ولا إشكال عندنا ، لأنه معين في نفسه ، جامع لشرائط الصحة من غير فرق بين وقوع العقد مع الشريك ﴿ و ﴾ غيره .

نعم ﴿ لا بد ﴾ في مال المضاربة ﴿ أن يكون معلوم المقدار ﴾ بعد معرفة الجنس للنهي عن الفرر ، ولعدم معرفة الربح من رأس المال ، إلا أن ذلك كله في المجهول الذى لا يؤل إلى علم ، أمّا ما يؤل إليه ولو بالعد بعد وقوع العقد ونحوه فقد يشكل بناء على تحقق عموم أو اطلاق في الباب يشمل الفرض ، ولو قوله تعالى ^(١) « الا أن تكون تجارة عن تراض » لعدم ما يبدل على اعتبار العلم هنا ، أو البطلان مع

مثل هذه الجهالة ، والنهي عن الغرر انما هو في البيع .
 اللهم الا أن يقال بأن في بعض النصوص النهي عن الغرر ، فيشمل المقام ،
 بل لو سلم تحقق اطلاق في المضاربة يشمل محل القرض كان التعارض من وجه
 والترجيح للأول بقتوى المشهور بذلك ، بل ﴿ و ﴾ بأنه ﴿ لا تكفي المشاهدة ﴾
 فيه ، وان زال بها معظم الغرر ، لانها ليست طريقاً للعلم فيما اعتبر فيه ، وان حكى
 عن المرتضى الاكتفاء بها في المقام وغيره ، بل هو أحد قولي الشيخ هنا ، وهو كذلك
 لو سلم وجود دليل على اعتبار العلم في المقام ﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل : يصح مع
 الجهالة ، ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره ﴾ بل في المسالك « انه
 في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة ، وقواه
 في المختلف محتجاً بالأصل ، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ ^(١) « المؤمنون عند شروطهم » ولا اثر
 لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعاً في قدر الواصل لأن
 الأصل عدم وصول الزايد اليه .

والتحقيق ان لم يكن ثم اجماع عدم قبح الجهالة التي تؤل الى علم ، نحو أن
 يقع العقد على ما في الكيس مثلاً ، ثم يعد أنه بعد ذلك ، لاطلاق الأدلة أو عمومها .
 نعم بناء على عدم عموم أو اطلاق مستند اليه في مثل ذلك ، فلا ريب في أن الأصل
 الفساد . أما الجهالة التي لا تؤل الى علم فالظاهر عدم جوازها ، لعدم امكان تحقق
 الربح معها ، وهو روح هذه المعاملة فتأمل جيداً . والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ فلو أحضر مالين ، وقال قارضتك ﴾ بأحدهما أو (بأيهما
 شئت : لم ينقصد بذلك قراض ﴿ للابهام في الأول المانع من تعلق العقد ، فإن المبهم
 لاجودله في الخارج ، وموقوفية العقد مع التخيير إلى حال وقوعه ، وليس في الأدلة
 حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك ، بل لعل الأدلة قاضية بخلافه ، ضرورة
 ظهورها في سببية العقود وعدم تأخر آثارها عنها ، وجعل الخيار كاشفاً عن مورد
 العقد من أول الأمر لادليل عليه ، لكونه مخالفاً للأصل ، ومن هنالم يحك خلاف

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

في البطلان حتى من القائلين بالجواز مع الجهالة ﴿ و إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن ﴾ مع جهل المالك، كما في المسالك قال « لأنه حينئذ يكون واضعاً يده على المال على الوجه الغير المأذون فيه ، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامناً » ونحوه في جامع المقاصد ، وفي الأول منهما « هل يكون ضامناً للجميع أو للقدر الزائد على مقدوره قولان : من عدم التمييز ، والنهي عن أخذه على هذا الوجه ، ومن أن التقصير بسبب الزائد ، فيختص به ، والأول أقوى ، وربما قيل : إنه إن أخذ الجميع دفعة فالحكم كالأول وإن أخذ مقدوره ثم أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصة » .

و يشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ، ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه ، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لم يعجز ، وقد صرح فيهما بأنه لو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن ، إنما لقدمه على الخطر ، أولان علمه بذلك يقتضى الإذن له و التوكيل .

ثم قال في المسالك : « و حيث يثبت الضمان لا يبطل العقده ، إذ لا منافاة بين الضمان وصحة العقد ، والمراد العجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة ، وهذا يحصل حال العقد ، فمن ثم فرق بين علم المالك وجهله ، ولو كان قادراً فتجدد العجز وجب عليه رد الزائد عن مقدوره ، لوجوب حفظه ، وهو عاجز عنه ، وإمكان التخلص منه بالفسخ ، فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد » .

قلت : لعل المتجه في مفروض المسألة الفساد من غير فرق بين حالي العلم والجهل ، وذلك لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة ، نحو ما ذكرناه في الاجارة ، ضرورة لغوية التعاقب مع العاجز عن العمل الذي هو روح هذه المعاملة ، فضلاً عن معلومية بطلان وكالة من هو عاجز عن العمل ، على العمل العاجز عنه ، إذ هو أولى بذلك من الوصي الذي حكموا ببطلان وصايته مع عجزه عن القيام فيما أوصى به ، بل الظاهر أن الحكم كذلك بتجدد العجز ، فضلاً عما كان حال العقد ، ومن ذلك يظهر لك سقوط جملة من الكلمات السابقة ، بل لعل عبارة المتن والقوا .

كذلك ، بناء على إرادة الضمان مع الصحة منها ، بل يقوى البطلان حتى مع إذن المالك في التوكيل للغير ، أو الاستيجار ، فإن ذلك فرع صحة العقد الذي قد عرفت اعتبار قدرة العامل على العمل المعقود عليه بنفسه ، وإن لم يشترط عليه المباشرة ، على أنه لو اكتفى بذلك في الصحة لم يكن للضمان حينئذ وجه ، ضرورة اقتضاء صحة العقد عدم الضمان إلا ما خرج ، كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ولو كان له في يد غاصب ﴾ مثلاً ﴿ مال فقارضه عليه صح ﴾ ولم يبطل الضمان السابق ، للأصل السالم عن معارضة وقوع عقد القراض الذي لا يلزمه عدمه الضمان ، بل يجامعه في كثير من المقامات ، و لظهور قوله عليه السلام ^(١) « حتى يؤدي » في بقاء الضمان إلى حال التأدية التي ليس وقوع عقد القراض منها ، و كون العين في عقد القراض أمانة ، لا ينافي الضمان من جهة أخرى ، ورفع اليد عن الغصب ليس وصولاً إلى يد المالك ، لكن قد تقدم في كتاب الرهن منّا تحقيق ذلك على وجه يعلم منه قوة عدم الضمان ، ولو من جهة اقتضاء العقد الإذن في دوام القبض .

وما في المسالك « من أن مجرد العقد لا يقتضي ذلك ، وإنما يحصل الإذن بأمر آخر ، ولو حصل زال الضمان - واضح الضعف ، وإن حكى عن العلامة في التذكرة مستظهاً لذلك ، أن كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحة القراض ، فلو قال المالك : أنا أبقى المال في يدي وأدفع الثمن كلما اشتريت متاعاً صح » ، إلا أنه كما ترى ضرورة عدم منافاة ذلك على تقدير تسليمه ، لاقتضاء إطلاق العقد ذلك ، كضرورة المكابرة في عدم دلالة إطلاق العقد على الإذن في البقاء و العمل به وتقليبه ، فإنه إذا لم يكن كذلك لم يبرء حتى ﴿ ف ﴾ صورة ما ﴿ إذا اشترى به ودفع المال إلى البائع ﴾ التي حكم المصنف وغيره ، بل في المسالك الإجماع عليه ، بأنه متى فعل ذلك ﴿ براء ﴾ من الضمان ﴿ لأنه ﴾ قد ﴿ قضى دينه ﴾ أي المالك ﴿ بإذنه ﴾ ضرورة سراحة ذلك في تحقق الإذن منه التي هو قد اعترف صريحاً بعد ذلك في كلامه بزوال الضمان معها

حتى أنه حكى عن بعضهم القول بالعدم ، وضعفه بأنه حينئذ وكيل محض ، وإن كان له في القبض مصلحة إذ هو كالموكل يجعل ، وبذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع أطرافه .

وأما القول بعدم زوال الضمان «مها أيضاً ، ففيه - مضافاً إلى ما سمعته - أنه أداء إليه ، ضرورة دخوله بذلك تحت سلطانه الذي هو معنى اليد ، وإن أردت زيادة التحقيق في ذلك فلاحظ ما سلف لنا في كتاب الرهن ، والله العالم .

﴿ولو كان له دين لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه﴾ بلا خلاف ولا إشكال لما عرفت من إعتبار العينية في مال القراض المنافية للدينية ﴿وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد﴾ بعد القبض ، إذ هو لم يخرج بالأذن من كونه ديناً .

نعم لو وُكِّلَ على القبض ثم العقد عليه قراضاً فيكون موجباً قابلاً عنه صح ، بناء على جواز مثل ذلك .

وفي المسالك أن في قول المصنف «مالم إلى آخره» إشارة إلى صحة القبض وإن كان مترتباً على عقد فاسد ، وفيه إقته يمكن أن يكون ذلك مبنياً على إجازة القبض عنه ، بعد وقوعه ، على أن ظاهر العبارة فرض التصريح بالأذن مستقلاً ، لا الاستفادة من العقد الفاسد والأمر سهل .

تفريع .

﴿لو قال بيع هذه السلعة فإذا نضت ثمنها ، فهو قراض لم يصح لأن المال﴾ أي الثمن ﴿ليس بمملوك عند العقد﴾ ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع ، على أنه مجهول ، بل التعليق محقق ، فلا إشكال في الفساد ، خلافاً للمحكي عن بعض العامة من الجواز ، فلا ريب في فساد .

﴿ولومات رب المال وبالمال متاع فأقره الوارث لم يصح لأن﴾ العقد ﴿الأول بطل﴾ بالموت ، وليس هو فضولاً بالنسبة إلى الوارث الذي لم يكن له علاقة بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ، وبذلك افترق عن إجازة البطلان الأول العين الموقوفة

مدة زادت على حياتهم ، فإنَّ الإجارة تصحَّ بإجارة البطن الثاني ، لتعلق حقِّ لهم من الواقف ، فالإجارة على المدة الزائدة في نفس الامر لهم ، وإن لم يعلم بها حال العقد ، بخلاف المقام الذي هو ابتداء ملك للوارث بالموت ، وحينئذ فالمدار في الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير ، ولكن الفضولي أجرى العقد عليه ، بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك ، ولكن بالموت ينتقل عنه إلى وارثه ، فليس هو في عقد على ماله فضولاً عن الغير الذي لمدخلية له حال العقد ، وكذا إجارة الإنسان ماله مدة مات في أثنائها ، بناء على انقاساخ الإجارة ، فإنه لا يجدي في صحته الاستمرار إجارة الوارث .

نعم تجدي إجارة الوارث في مثل الوصية التي هي تصرف بعد الموت الذي هو محل تعلق حق الوارث ، وفي مثل التنجيز في المرض الذي تعلق فيه حق الوارث ، وصحة الإجارة في الأول قبل الموت إنما هو للدليل على أنه في التصرف بعده ، وكذا الثاني الذي قد عرفت الحق فيه ﴿ و ﴾ هو واضح .

بل ﴿ لا يصح ﴾ ابتداء القراض ﴿ في الفرض الذي قد عرفت امتزاج المال فيه ﴾ بالعروض ﴿ حتى في النقد منه خاصة ، لعدم ذكر الحصة له ، وإنما ذكرت للجميع الذي منه العروض .

نعم لو فرض كون المال فاضلاً و أراد التجديد عليه لم يكن به بأس ، حتى إذا كان بلفظ التقرير ، لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص في مثل هذا العقد ، والله العالم . ﴿ ولو اختلفا في قدر رأس المال ، فالقول قول العامل مع يمينه ﴾ سواء كان المال باقياً أو تالفاً بتفريط أو غيره ﴿ لأنَّه اختلاف في المقبوض ﴾ وفي الواصل إليه والداخل تحت سلطانه بالتصرف فيه ، ولا ريب في أن الأصل عدم ذلك بالنسبة إلى الزايد ، بل هو في صورة التلف بتفريط ، غارم محض ، والأصل براءة نعمته ، فيكون هو المنكر ، بل ظاهر المتن وغيره أن ذلك كذلك حتى لو فرض ظهور ربح لذلك أيضاً . لكن قد يشكل حينئذ بأنَّ ذلك يؤل من العامل إلى دعوى زيادة استحقاقه في المال المشخص ، بل ذلك في الحقيقة اختلاف في قدر استحقاق العامل في المال

المختص ، ولا ريب في أن القول قول المالك فيه ، لأصالة عدم استحقاقه الزايد و أسالة عدم ربح للمال ، وعدم زيادته ، ولأن الأصل مع بقاء المال يقتضي كون جميعه للمالك ، بل هو كذلك حتى في صورة التلف بتفريط ، إذ المضمون قدر مال المالك ، وإذا كان الأصل يقتضي كون الجميع له إلا ما أقر به للعامل ، فهو ضامن له حينئذ ، إذ الضمان تابع للاستحقاق .

و من هنا جزم في جامع المقاصد والمسالك بأن القول قول المالك في الفرض و استحسنة في الرياض ، ولعله الأقوى ، و منه يعلم ما عن فخر المحققين من أن القول قول المالك إلا مع التلف بتفريط ، إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه .

﴿ ولو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك خلطاً لا يتميز ضمن ، لأنه تصرف غير مشروع ﴾ له ضرورة كونه أمانة في يده ، فلا يجوز خلطها كالوديعة ، على أن الشركة عيب .

نعم لا يبطل العقد بذلك ، فيبقى الربح حينئذ بينهما على حسب الشرط ، و إن أتم بذلك العامل و ضمن ، هذا كله مع إطلاق العقد ، أما مع الإذن في ذلك خصوصاً أو عموماً فلا بأس به مع المصلحة في الأخير ، كما هو واضح .

الامر الثالث في الربح

﴿ ويلزم الحصة منه ﴾ بالشرط ﴿ في هذه المعاملة إن نصفاً فنصف ، و إن ثلثاً فثلث ﴾ دون الأجرة على الأصح ﴿ الموافق لما هو المشهور ، بل المجمع عليه من مشروعيتها ، المدلول عليها بقوله تعالى ^(١) « إلا أن تكون تجارة عن تراض » و غيره و بالتواتر من السنة المروية من الطرفين ، فما عن المفيد والشيخ في النهاية و سلا و ابن البراج و ظاهر أمي الصلاح من عدم مشروعيتها فليس للعامل حينئذ إلا أجرة المثل ، و إن وقع من المالك اشتراط الحصة من الربح ، إلا أنه من الوعد الذي لا يجب الوفاء به - معلوم البطلان ﴾ و واضح الفساد . نعم ﴿ لا بد أن يكون ﴾

جميع ﴿ الربح مشاعاً ﴾ على جهة الشركة بينهما ﴿ ف ﴾ لو كان لاحدهما شيء معين منه والباقي للآخر بطل اجماعاً .

وكذا ﴿ اوقال خذه قراضاً والربح لي فسد ﴾ قراضاً ﴿ و ﴾ ان كان ﴿ يمكن ﴾ هنا ﴿ أن يجعل بضاعة نظراً الى المعنى ﴾ اذ قد عرفت أنها المال المدفوع ليعمل به ، على أن الربح لمالكه بلا أجره للعامل ، فهي حينئذ توكيل في التجاره تبرعاً ، لا تختص بلفظ ، فمنه اللفظ المزبور ، وان ذكر فيه لفظ القراض الا انه يمكن ارادة البضاعة منه ولو مجازاً فإنه أولى من الغائه ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ، و من ظهور اللفظ في ارادة المعنى الحقيقي الذي هو أعم من الصحيح و الفاسد ، وهو غير معنى البضاعة الذي هو الاقدام على التبرع في العمل ، و ليس في الفرض ما يشعر بذلك بوجه ، فدعوى اتحاد المعنى حينئذ واضحة الفساد ، كدعوى كون اللفظ لغوا .

﴿ وكذا ﴾ التردد ﴿ لو قال ﴾ خذ قراضاً والربح لك ﴿ بين صيرورته قراضاً فالربح كله للعامل ، وبين كونه قراضاً فاسداً فالربح كله للمالك ، وعليه الاجرة للعامل ، الا أنك قد عرفت ما يقوى منه كونه قراضاً فاسداً كما هو المشهور ، الا أن تقوم قرينة حالبة أو مقالية على ارادة الاقدام على التبرع في الاول ، وانشاء التمليك للمال في الثاني ، وكانه لمع الى ذلك في المسالك بقوله هنا « ومحل الاشكال انا لم يقصد القرض ولا القراض ، إما بأن لم يقصد شيئاً ، أو لم يعلم ما قصد ، والا لكان قراضاً في الاول ، وقراضاً فاسداً في الثاني بغير اشكال .

لكن لا يخفى عليك أنه لا دلالة على القصد إلا بظاهر اللفظ الصادر من الالفاظ والقرض صدور لفظ القراض منه ، والمنساق من اللفظ حقيقته ، فليس حينئذ إلا الحكم عليه بإرادة القسم الفاسد منه .

نعم بناء على اعتبار الشركة في الربح في مفهوم القراض يتجه احتمال إرادة التجوز منه ، بإرادة البضاعة والقرض ، إلا أن الظاهر اعتبار ذلك في الصحة لا المفهوم ، ومع الإغناء عن ذلك كله فالأصل احترام عمل المسلم ، والأصل تبعية النماء للمال ، وعدم

إنشاء التملك بعوض في الذمة ، و بذلك يظهر لك ما في قول المصنف .
 ﴿أما لو قال : خذه فاتجربه والربح لي كان بضاعة : ولو قال : والربح لك
 كان قرضاً﴾ ضرورة عدم الفرق بين هذا وبين ما تقدم ، إلا بعدم وجود لفظ القراض
 فيه ، ولكن ذلك لا يعين إرادة القرض والبضاعة منه ، إلا بدعوى إحصاف الإطلاق اليهما ،
 أو حمله عليهما ولو لأصالة الصحة كما هو ظاهر المسالك ، إلا أنها يمكن منعها .
 نعم لو قصد القرض والبضاعة منه لم يكن ثم إشكال ، بل لإشكال في جريان القراض
 الفاسد عليه إذا قصد به ، فإن التصريح بالقراض و نحوه في العقد ليس بشرط ، بعد
 صلاحية العقد له .

ولو اختلفا في العقد المبطل ففي المسالك احتمل تقديم المالك ، لأنه أعرف به
 والعامل نظراً إلى ظاهر اللفظ ، وترجيحاً للصحة ، ولو اختلفا في ضمنية اللفظ قدم
 قول مدعي ما يصحّ معه العقد ، لأصالة الصحة و عدم الضمنية .

قلت : لا يخفى عليك عدم اتیان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك ،
 ضرورة عدم وجه لمن يدعي خلاف الظاهر بلا قرينة ، وإلا لزم من ذلك فساد كثير ، كما
 أنه لا يخفى عليك عدم كون الثاني من مقام مدعي الصحة والفساد ، ضرورة عدم اتفاقهما
 على حصول المعاملة المخصوصة بينهما ، و اختلافهما في الصحة والفساد ، كي يقدم
 مدعيها على مدعيه ، وإنما اختلافهما في أن الواقع بينهما قراض فاسد ، أو بضاعة
 صحيحة ، نحو الاختلاف في أن الواقع بينهما بيع فاسد أو إجارة صحيحة ، ولعل
 الوجه في مثله التحالف ، فلم يثبت العقد الصحيح حينئذ مدعيه ، ويبقى على الأصل
 الذي قد عرفت اتحاده في الحكم مع القراض الفاسد ، لقاعدة احترام عمل المسلم ،
 وتبعية التمسك .

أللهم إلا أن يقال : إن أصالة الصحة أيضاً تجري في نحو القرض ، باعتبار اتفاقهما
 على كون الواقع بينهما أحدهما ، و الفاسد منهما ينفي بالأصل ، فليس حينئذ إلا
 الصحيح ، أو يقال : إن محلّ القرض في عبارة المسالك الاختلاف في ضمنية اللفظ
 المقترني للفساد وعدمها ، ولا ريب في موافقة الثاني للأصل .

نعم قد عرفت الاشكال في الصحة مع عدم اللفظ، أللهم إلا أن يدعى انسياق ذلك من نحو اللفظ عرفاً، وهو كما ترى خصوصاً بعد ما عرفت من اقتضاء الأصول مع الشك، نتيجة القراض الفاسد والله العالم.

﴿ولو شرط أحدهما شيئاً معيناً والباقي بينهما فسد﴾ لا لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تحقق الشركة ﴿بل لعدم ثبوت ما يدل على الصحة في الفرض، ضرورة اقتضار النص والفتوى على صحة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على جهة الاشاعة بنحو النصف و الثلث و الربع، وما يؤدي مؤداهما، و منهما ينقذح الشك في تناول الاطلاقات له، هذا مع قطع النظر عن ظهور النصوص في البطلان، ولو لظهورها في اعتبار الشركة الاشاعية في جميع الربح، فضلاً عن صريح الفتاوى، فحينئذ يبطل القراض وإن وفق بالزيادة، لعدم اشتراك جميع الربح بينهما حينئذ، بعد اختصاص أحدهما بشيء معين منه، كما هو واضح.

﴿ولو قال خذ على النصف صح﴾ لتبادر كون المراد من مثل هذه العبارة أن الربح بينهما نصفين، لا لأن المالك لا يقتقر إلى تعيين حصة للتبعية، وإنما يقتقر إليها العامل الذي قد ذكر أن النصف له، فإنه المحتاج إلى الاشتراك، لما نظر فيه في المسالك بأنه كما يحتمل ذلك، يحتمل أن يكون النصف المذكور للمالك، والآخر لم يذكره اتكالا على التبعية، فيبطل العقد، وحينئذ إفتقاره إلى تعيين حصة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه، وإن كان ذلك لا يخلو من نظر، خصوصاً بعد ما سلف منه من امكان تشخيص أصالة الصحة نحو ذلك إلا أنه يسهل الخطب ما عرفته من تبادر المعنى المزبور من غير اختصاص لأحدهما ﴿و كذا لو قال : خذ على أن الربح بيننا﴾ للتبادر المذكور، ومن هنا لو اتفقا على ذكر ذلك ﴿و﴾ اختلفا بالتفاوت ﴿يقضى بالربح بينهما نصفين﴾ كما في كل مقام ذكر فيه لفظ الاشتراك أو ما يؤدي مؤداه في الأقرار وغيره، فإنه يفهم عرفاً منه مع الإطلاق التساوي، فما عن بعض الشافعية - من الحكم بالبطلان لمنع التبادر المزبور فيتجهل العقد - واضح الفساد والله العالم.

﴿ولو قال :﴾ خذه ﴿على أن لك النصف صح﴾ و﴿أما﴾ لو قال : على أن لي النصف واقتصر ، لم يصح لأنه لم يعين للعامل حصة ﴿وقد قيل : في وجه الفرق إن الربح لما كان تابعاً للمال ، والأصل كونه للمالك ، لم يقتصر إلى تعيين حصته ، فإن عينها كان تأكيداً ، وأما تعيين حصة العامل فلا بد منه ، لعدم استحقاقها بدونه ، فإذا قال : النصف لك كان تعييناً لحصة العامل ، وبقي الباقي على حكم الأصل ، بخلاف العكس فإنه لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره ، بل هو باق على الأصل أيضاً ، فيبطل العقد.

قلت : قد يمنع ذلك بدعوى السياق إرادة كون الربح بينهما نصفين من نحو هذه العبارة عرفاً ، من غير فرق بين ذكر النصف للمالك أو للعامل ، فإن المراد النصف الآخر للآخر ، كما هو واضح .

﴿ولو شرط لغلामه﴾ أو غلام العامل ﴿حصة معها صح ، عمل الغلام أو لم يعمل﴾ بناء على أن العبد لا يملك شيئاً ، فاشتراطها حينئذ له اشتراط لسيده والقرض أنه أحدهما ، ويجوز تساويهما في الحصة وتفاوتهما .

نعم بناء على ملكه يتجه فيه ما سمعته من الاشتراط للأجنبي ، لكن قد يناقش بعدم دلالة الاشتراط للعبد على إرادة الاشتراط للسيّد ، وعدم قابلية العبد للملك لا يصلح قرينة لذلك ، على أنه يمكن فرض العلم بعدم إرادة ذلك ، والمتجه حينئذ فيه البطلان ، إلا أن الإصاف إمكان دعوى انسياق إرادة المالك عرفاً على نحو الاشتراط للدابة أو السفينة .

﴿و﴾ أما ﴿لو شرط لأجنبي﴾ و﴿لو كان خادماً لأحدهما فالمشهور أنه إن كان عاملاً صح﴾ الشرط لأنه حينئذ يكون بمنزلة العامل المتعدد ﴿وإن لم يكن عاملاً فسد﴾ لأن الثابت من القراض ما كان تمام الربح فيه مشتركاً بين المالك والعامل ، هذا . ولكن في المسالك دلايل من ضبط العمل بما يرفع الجهالة وكونه من أعمال التجارة لئلا يتجاوز مقتضاها ، وإتصافه بالأجنبي مع كونه عاملاً ، لأن المراد بالعامل هنا من يكون إليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد ،

وهذا المشروط له ، ليس كذلك ، وإنما اشترط عليه عمل مخصوص بأن يحمل لهم المتاع إلى السوق ، أو أن يدلك عليه ، ونحوه من الأعمال الجزئية المضبوطة ، فلو جعل عاملاً في جميع الأعمال ، كان العامل الذي هو أحد أركان العقد متعدداً ، وهو غير محلّ الفرض ، وبهذا يندفع ما قيل من أن شرط العمل يناقض كونه أجنبياً .

قلت : قد يقال : إن ظاهر النصوص أو المتيقن منها كون الربح في القراض بين المقارض ، والمقارض ، والعامل المذكور إن فرض كونه مقارضا صار من تعدد العامل ، وهو غير ما نحن فيه ، ولذا اعتبر فيه تعيين العمل الذي لا يعتبر مع فرض كونه مقارضا ، وإلا كان أجنبياً لا يجوز الشرط له وإن عمل بعض مقدمات التجارة ، فإن ذلك لا يجعله عاملاً ، بمعنى كونه مضارباً ، وإلا لجاز الشرط مع العمل لغير التجارة ، بل ومع عدم العمل أصلاً ، ضرورة اشتراك الجميع في المصحح ، بناء على أنه الاشتراط المزبور .

ومن ذلك يعلم ما في قول المصنف ﴿ وفيه وجه آخر ﴾ بناءً على أنه ما حكاه في المسالك من صحة الشرط له وإن لم يعمل ، لعموم ^(١) « المؤمنون » ^(٢) « وأوفوا » ، وأن المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل ، رجوعاً إلى أصله ، لئلا يخالف مقتضى العقد ، ولا قيام العامل على أن له ماعين له خاصة ، إن قد عرفت أن ظاهر النصوص أو الثابت فيها ما سمعت على وجه لا يعارضه العموم المزبور ، بناء على شموله لمثل المقام . والله العالم .

﴿ ولو قال ﴾ خذه قراضاً و ﴿ لك نصف ربحه صح ﴾ بلا خلاف ولا إشكال وإنما ذكره مقدمة لقوله ﴿ وكذا لو قال : لك ربح نصفه ﴾ بناءً على إرادة نصف ما يربح من المال قلّ أو كثر ، إذ هو حينئذ كالأول في المراد ، وإن تغيرت العبارة وذلك لأن الفرض إشاعة النصف ، فكل جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل ، ونصفه للمالك ، ولو فرض كون الربح للنصف خاصة ، كان ذلك هو رأس المال ، والذي

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٤ - .

(٢) سورة المائدة الآية - ١ - .

لم يربح لا اعتداده به ، وكل جزء من النصف الذي ربح بين المالك والعامل ، لما عرفت من الإشاعة المزبورة ، وبذلك ظهر لك أن ما عن أحد قولي الشيخ من البطالان واضح الضعف ، بناءً على إرادته ما فرضناه ، وظني أنه لا يريد ، خصوصاً بعد تعليله البطالان بمناقضته لمقتضى القراض ، من أن ربح كل جزء بينهما ، وهنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل ، والآخر بالعكس ، وربما ربح نصفه فيختص به أحدهما ، أو ربح أكثر من النصف ، فلا تكون الحصة معلومة ، ضرورة ظهوره في فرض موضوع البطالان ، أن حصة كل منهما في النصف من حيث النصفية ولا ريب في البطالان مع هذا القصد ، وربما كان ذلك هو المنساق في بادئ النظر من مثل اللفظ المزبور ، إلا أن التأمل الصادق يقضي بإرادة ما ذكرناه أولاً فتأمل . والله العالم .

﴿ ولو قال لاثنين ﴾ مثلاً : ضاربتكما بهذا المال مثلاً و ﴿ لكما نصف الربح ﴾ مثلاً ﴿ صح ﴾ لا إطلاق الأدلة والسيرة ، ولفظ العامل في النصوص يراد منه الجنس الشامل لما زاد على الواحد ، أو المثال ، كالمالك فإنه لا يعتبر فيه الاتحاد أيضاً ، فيجوز مضاربة الاثنين لواحد مثلاً ، كما أنه يجوز في الصورتين تمييز كل من مالي العاملين ، وعدمه ، وبذلك ظهر لك الحكم في جميع الصور المتصورة في المقام ، كما أنه ظهر لك مما تقدم سابقاً أنه لو وقع عقد المضاربة مع العاملين على النحو الذي فرضناه صح ﴿ وكانافيه ﴾ أي النصف ﴿ سواء ﴾ لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك ﴿ و ﴾ لو للتبادر .

نعم ﴿ لو فضل أحدهما صح ﴾ أيضاً ﴿ عندنا ﴾ وإن كان عملهما ﴿ فيه ﴾ سواء ﴿ ومختلفاً ، لأن غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير ، والحصة على الشرط مع ضبط مقدارها ، ولأن عقد الواحد مع الاثنين ، كعقدين ، فيصح كما لو قارض أحدهما في نصف المال ، بنصف الربح ، والآخر في نصفه الآخر بثلث الربح ، فإنه جائز اتفاقاً ، كما في المسالك خلافاً لبعض العامة ، حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل ، قياساً على اقتضاء شركة الأبدان ذلك ،

والأصل والفرع عندنا باطلان، كبطلان ما يحكى عن الجويني منهم، من اعتبار الاستقلال لكل من العاملين في صحة مضاربتهم، فلا يجوز اشتراط مراجعة أحدهما الآخر، إذ هو كما ترى، لا مستند له، بل إطلاق الأدلة على خلافه.

إنما الكلام في جملة من الفروع المتعلقة بالمسألتين التي لم نعر على محرر رلها منها - ما لو اتفق فسخ المضاربة بفاسخ قهري أو اختياري، وكان أحدهما قد عمل وريح والآخر بعد لم يعمل، فهل يستحق حصته من الريح وإن لم يكن له مال ولا عمل.

ومنها - فيما لو قارض الاثنان واحداً بعقد واحد، وحصة مشاعة منهما، إلا أن مال كل منهما متميز، فعمل بأحدهما وريح، ولم يعمل بالآخر، أو عمل ولم يريح، واتفق انفساخ المضاربة، فهل يستحق من لم يريح ماله بريح مال الآخر، وهل تجبر خسارة مال أحدهما بريح مال الآخر باعتبار إتحاد عقد المضاربة أولاً، بل هي بمنزلة مضاربتين يلحق كلاهما بالنسبة إلى ذلك، من غير مدخلة للآخرى فيها، وإنما الإتحاد يؤثر بالنسبة إلى سريّة الفسخ أو الانفساخ من أحدهما إلى الآخر، لكون العقد واحداً فلا يتبعض، والذي يقوى في هذا، الثاني، كما أن الذي يقوى في سابقه الأول، لأنه مقتضى عقد المضاربة، إلى غير ذلك من الفروع في المقام التي تلحق الصور المتصورة فيه باعتبار تعدد المالك والعامل، واتحاد المال وتعدد، ومنشأ الاشكال في الجميع اتحاد صيغة المضاربة والله العالم.

﴿ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه﴾ عند علمائنا كما في التذكرة، لأنه منكر للزائد، ولأن الأصل تبعية النماء للمال، فلا يخرج عنه إلا ما أقر المالك بخروجه عنه، من غير فرق في ذلك بين ظهور الريح وعدمه، لكن في جامع المقاصد هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الريح، لأن المالك متمكن من منع الريح كله بفسخ العقد، وأما بعد حصوله فإن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فإن المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصّة الدنيا، والعامل ينكر ذلك، وضعفه في المسالك بأن نفس العمل لا تتناوله الدعوى، لأنه بعد

انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه ، وكذا قبله ، لأنّ العقد الجائز لا يستحق به العمل ، وإنّما المستحقّ المال الذي أصله للمالك ، وحقيقة النزاع فيه ، فيجيب فيه ما تقدّم من الأصول .

قلت : أوّلاً : قد يتصور النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتفق لزوم المضاربة ولو بالاشتراط في عقد لازم ، حينئذ يتّجه دعوى المالك .

وثانياً : أنه لا ريب في أنّ كلّاً منهما مدع ومنكر إذا كان تراعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة ، ضرورة إقتضاء الأصل عدم كل من الشخصين نعم بعد تعارض الأصول في ذلك يرجع إلى أصل آخر ، ولا ريب في كونه مع المالك ، لأن الأصل عدم استحقاق العامل الزائد ، نحو ما ذكره في الاختلاف في الاجرة في عقد الاجارة ، والتمن في البيع مع عين تلف المبيع ، وغير ذلك من المقامات التي حكموا فيها بأنّ القول قول المالك ، بل ظهر لك حينئذ أولوية ذلك في حال ظهور الربح . وأمّا حال عدمه وفرض لزوم العقد ، فإنه وإن كان قد يقال : إنّ المالك حينئذ مدع استحقاق العمل ، لكن قد يدفع بأنهما قد اتفقا على استحقاقه ، وإنّما النزاع في الحصّة كالاجرة ولا ريب في أنّ مدعي زيادتها هو المدعي ، بعد قطع النظر عن النزاع في تشخيص العقد المتضمن لها والله العالم .

﴿ ولودفع قراضاً في مرض الموت ، وشرط ربها صح ، وملك العامل الحصّة ﴾ وإن كانت أزيد من أجره المثل ، وقلنا بأنّ التبرعات من الثلث ، لكن من المعلوم أنّ ذلك فيما إذا فات سببها على الوارث ، بخلاف المقام الذي لا فوات ، فإنّ الربح أمر معدوم متوقع الحصول ، وليس مالا للمريض ، بل هو على تقدير حصوله أمر جديد حصل بسعي العامل ، وحدث على ملكه بعد العقد ، فلم يكن للوارث فيه اعتراض ، وبذلك افترق عن مثل نماء الدابة والشجرة .

﴿ ولو قال العامل : ربحت كذا ورجع ، لم يقبل رجوعه ، وكذا لو ادعى الغلط ﴾ لسبق إقراره لماضي عليه ، لقاعدة « اقرار المقلاء على أنفسهم جائز » وقاعدة « عدم سماع الإنكار بعد الاقرار » السالمتين عن معارضة قاعدة « سماع الامين في كل »

ما يدعيه « بعد عدم ثبوت هذا العموم فيها ، وإنما الثابت المسلم منها ما لم يسبق باقرار ، وعلى فرض العموم المزبور يمكن ترجيح قاعدة « الاقرار » عليها ، فتخص بها حينئذ ، بل قد يقال : إن ما نحن فيه من تقديم أحد قولي الامين على الآخر . وعلى كل حال فلا ريب في تقديم إقراره السابق ، من غير فرق في ذلك بين ذكره وجهاته محتملا ، وعدمه ، خلافا لبعض العامة ، بل ظاهر قول المصنف وغيره لم يقبل عدم سماع بينته على ذلك ، لكونه مكذبا لها باقراره السابق ، وعموم ^(١) « البيئنة على المدعي » إنما هو ظاهر في كون الدعوى مسموعة ، لا ما إذا اسقطها الشارع بقاعدة « الاقرار » فيبقى حينئذ شهادة البيئنة نفسها ، بلا دعوى ، ولا ريب في تقديم قوله المخالف لها عليها ، لعدم ثبوت حجيتها في هذا الحال ، خصوصاً بعد أن كان المشهود به حقاً له ، فلا ريب في تقديم قوله فيه ، فتأمل . هذا كله إذا كان ذلك منه رجوعاً أو دعوى غلط أو نحو ذلك .

﴿ أما لو قال : ثم خسرت ، أو قال : ثم تلف الربح ، قبل ﴾ لانه أمين يصدق بالنسبة إلى ذلك . نعم قيده في التذكرة فيما إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل ، بأن عرض في السوق كساد ، وإلا لم يقبل ، ولا بأس به .
﴿ والعامل يملك حصته من الربح بظهوره ﴾ ملكاً متزلزلاً ﴿ ولا يتوقف ﴾ ذلك ﴿ على وجوده ناضاً ﴾ على المشهور بين الاصحاب ، بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه منا ، كما في المسالك ، بل لعله ظاهر التذكرة أيضاً ، لانفاق اقتضاء العقد والنص والقنوى على كون الربح بينهما ، ولا ريب في تحققه بمجرد دظهوره لغة وعرفاً .
وخصوصاً الصحيح ^(٢) « رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم قال : يقوم فإن زاد درهماً واحداً اعتق ، واستسمى في مال الرجل ، إذ لو لم يكن مالكاً لحصته بالظهور لم يعتق ، فلاوجه حينئذ لذلك إلا دخول الحصة في الملك ، ويسرى العتق في الباقي كما هو القاعدة فيه .

(١) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب احكام المضاربة الحديث - ١ - .

ولأنّ الربح مع ظهوره مملوك ، فلا بدّ له من مالك ، وربّ المال لا يملكه اتفاقاً ، ولا يثبت أحكام الملك في حقّه ، فيلزم أن يكون العامل ، إذ لا مالك غيرهما اتفاقاً .

ولأنّ العامل يملك المطالبة بالقسمة التي هي فرع الملك ، إذ لا يكفي في استحقاقها مجرد العلقه ، لأنّها حينئذ ليست قسمة حقيقة ، وإلاّ لاقهم يقتضي أنها حقيقة .

لكن مع ذلك كله عن الفخر عن والده أنّ في المسألة أربعة أقوال ، وإن كان لم يذكر القائل بها ، أحدها : ما سمعت .

الثاني : الملك بالانضاض ، لأنّه قبله غير موجود خارجاً ، بل مقدّر موهوم ، والمملوك لا بدّ أن يكون محقق الوجود ، نعم الظهور موجب لاستحقاق الملك بعد التحقق ، ولهذا يورث عنه ، ويضمن حصته من أتلف المال وإن كان المالك .

الثالث : الملك بالقسمة ، لأنّه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شايعاً في المال ، كسائر الأموال المشتركة ، والتالي باطل ، لانحصاره في الربح ، ولأنّه لو ملك لاختص بربحه ، ولأنّ القراض معاملة جائزة ، والعمل فيها غير مضبوط ، فلا يستحق العوض فيها إلاّ بتمامه كمال الجعالة .

الرابع : أنّ القسمة كالشفقة عن ملك العامل ، لأنّ القسمة ليست من الأسباب المملكة ، والمقتضى للملك إنما هو العمل ، وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك لكن في المسالك « عن التذكرة أنّه لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من العامة والخاصة سوى القولين الأوّلين ، وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليّه ، ولاّحمد في إحدى الروايتين ، ووافقنا في الباقي على الأوّل ، فلا يدري لمن ينتسب إليه هذه الأقوال ، وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ ، فإنّا لا نسلم أنّ الربح قبل الانضاض غير موجود ، لأنّ المال غير منحصر في النقد ، فإنّنا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال ، والزائد ربح متحقق الوجود ، ولو سلم أنّه غير متحقق الوجود لا يقدح في كونه ملكاً ، فإنّ الدين مملوك ، وهو غير موجود في الخارج ،

بل هو فى الذمة أمر كلى ، هذا ما على الثانى .

وعلى الثالث أنه لا ملازمة بين ائلك وضمن الحادث على الشىاع ، إذ يجوز أن يكون مالكا ، ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال ، فيكون الملك متزلا ، واستقراره مشروط بالسلامة ، وكذا لا منافاة بين ملك الحصّة ، وعدم ملك ربحها ، بسبب تزلزل الملك ، ولأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ، ولأنّ القسمة ليست من العمل فى شيء ، فلا معنى لجعلها تمام السبب فى الملك ، فلا وجه للالحاق بالجعالة ، كما نبّه عليه فى الوجه الرابع ، ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع ، لأنّه مرتّب عليها .

وقد قبح بذلك كلّ أو أكثره ما فى التذكرة وجامع المقاصد ، إلّا أن الاضاف عدم خلو المسألة من إشكال إن لم يكن اجماعاً ، وذلك لأنّ الربح حقيقة ما زاد على عين الأصل الذى هو رأس المال ، وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له نمة ، ولا خارجا وإنما هو من فروض الذهن ، وبذلك افرقت عن الدين الذى هو وإن كان كليا ، إلّا أنه مال - شرعاً وعرفاً - موجود فى الذمة ، بخلاف قيمة الشيء ، وعدم انحصار المال فى النقد ، بل هو والعرض مال ، لا يقتضى تحقق الربح حقيقة ، بعد ما عرفت أنه حقيقة الزايد على عين رأس المال المتوقف على تحقق رأس المال فى الخارج ، ولا يكفى فيه كون الشيء يسوى مقدار رأس المال ، ضرورة عدم صيرورته بذلك عين رأس المال .

نعم قد يطلق على مثل ذلك أنه ربح تسامحاً بناء على أصل السلامة ، وإمكان الانضاض فى سائر الاوقات ، وبحو ذلك مما يخرج من القوة إلى الفعل ، وحيث كانت قريبة إليه أطلق عليه اسم الربح ، وبذلك يظهر لك سقوط جملة من الأدلة السابقة المبنية على كون ذلك ربحا حقيقة ، وطلب القسمة حقيقة انما يتم بعد الفسخ مع رضى المالك بالعروض عوضا عن رأس ماله ، وهو خروج عما نحن فيه .

نعم لا بأس أن يقال : انه بالظهور ملك العامل أن يملك ، بمعنى أن له الانضاض ولو قدر رأس المال ، فيتحقق الربح حينئذ ويتبعه تحقق الملك ، وبه يورث

ويضمن التالف له ، وغير ذلك ، فإن أراد الاصحاب بالملك حال الظهور هذا المعنى الذي لا ينافيه قواعد الشركة ، ولا قاعدة تبعية النماء ، ولا غير ذلك ، كان متبجها والا فقد عرفت ما فيه ان لم يكن اجماعا ، بل لعل الوجه في خبر عتق الاب ذلك أيضا ، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية ، فإن ملك أن يملك جزء من الاب أيضا موجب كالملك نفسه ، فتأمل جيداً . فإن المسألة محتاجة الى تأمل وحسن انتقاد .

وكيف كان فقد صرح غير واحد من الاصحاب - القائلين بالملك بالظهور - أن المراد به ملك متزلزل ، بل لعله اجماع بينهم ، وحينئذ فالكلام فيما يستقر به وفي المسالك « هو اما انقضاء جميع المال ، أو انقضاء قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أو لامعها ، على قول قوي » ، وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران ، سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو مرتين ، أو في صفقة أو اثنتين وفي سفرة أم سفرات ، لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد فإذا لم يفضل شيء فلا ربح ، وهو محل وفاق ، وسيأتي بعض أحكام ذلك ، وفي القواعد « وانما يستقر بالقسمة أو الانقضاء والفسخ قبل القسمة » .

وتفصيل الحال أن في المسألة صوراً ، وذلك لانه اما ينضم الى الظهور انقضاء جميع المال ، أو قدر رأس المال مع الفسخ والقسمة ، أو أحدهما ، أو بدولهما ، أو ينضم إليه القسمة دون الانقضاء ، ثم القسمة إما للربح فقط ، أو لجميع المال . الأولى : أن ينضم إلى الظهور الانقضاء لجميع المال أو قدر رأس المال فقط مع الفسخ والقسمة ، ولا ريب في الاستقرار حينئذ ، ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع نراضيتهما بذلك .

الثانية : الصورة بحالها لكن مع عدم القسمة ، وفيه وجهان أصحهما في جامع المقاصد ومقر بهما في التذكرة ومختارهما في ظاهر القواعد الاستقرار ، لان العقد قد ارتفع ، ورأس المال حاصل ناض ، فيخرج عن كونه وقاية ، لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد ، ولوجوب صرف الربح إلى ما شرطاه حيث ارتفع العقد .

والثاني العدم ، للاستصحاب ولظاهر قوله ^(١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ولعله لذلك تردد الفاضل في محكي التحرير ، لكن قد يجاب عنهما بحصول التأمل عن الأول بارتفاع العقد المقتضي لخروج المال عن كونه مال قراض ، فيبقى أمانة ، لان اليد في الاصل لم تكن يد ضمان ، فينتفى حكم جبرانه من الريح ، لانه دائر مع كونه قراضاً ، وبأن وضع اليد على مال الغير وإن كان في العهدة إلى الاداء إلا أنه لا يلزمه خسران التالف بغير تفسير من الريح في صورة النزاع ، وإلا لا تنتقض بما بعد القسمة قبل القبض .

وفيه منع ارتفاع صدق اسم مال القراض عليه وإن ارتفع بالفسخ صدق كون العامل مقارضاً ، والادلة مطلقة في أن الوضعية في مال المضاربة على الريح الذي هو بينهما مع عدمها ، فالمتجه حينئذ بقاء حكم المضاربة على مالها ، خصوصاً مع فرض عدم إفضاض بعض مالها ، وقلنا بأن للمالك مطالبة العامل بذلك ، إذ هو ليس إلا لبقاء حكم العقد السابق وإن انفسخ ، وربما يرشد إلى ذلك ما تسمعه في الصورة الثالثة ، بل قد يقال : إن تسليم رأس المال إلى المالك الذي أخذه منه من تمة انتهاء عمل المضاربة ، والألزم عدم كون الخسران من الريح فيما لو نض المال أجمع في بلد عمل العامل التي سافر إليها وفسخ هو عقد المضاربة ، ثم تلف بعض المال قبل الوصول إلى المالك ، والتزامه منافع لظاهر الادلة ، إلى غير ذلك مما لا يخفى بادنى تأمل ، كزيادة قيم عروض المضاربة قبل القسمة وقبل الوصول ، فإن الظاهر استحقاق العامل فيها على شرطه في عقد المضاربة ، وغير ذلك مما يعرف منه قوة الوجه الثاني .

الثالثة : أن يقع الفسخ ، والمال عروض كله أو بعضه بحيث لم ينض رأس المال ، فإن حصلت القسمة مع ذلك حصل الاستقرار ، لاقطاع حكم القراض ، وإلا بني على أن العامل هل يجبر على البيع والافضاض ، فإن قلنا به فحكم القراض باق ، لبقاء العمل ، وإن قلنا بالعدم فوجهان كالوجهين السابقين في الصورة الثانية .

الرابعة أن تكون القسمة للريح خاصة ، ولاريب في عدم مدخليته في الاستقرار

بل إن حصل شيء من الأمور المذكورة يقتضى الاستقرار ، فثبوته به ، وإلا فلا .
وبذلك كله ظهر لك ما في عبارة القواعد من الحكم بالاستقرار بالقسمة في
مقابل الانقضاء المقتضى للاستقرار بها وإن كان المال عروضاً كله أو بعضه ، فإن فيه
عدم إيجابها الاستقرار بمجردها من دون فسخ القراض ، إذ لا معنى لها حينئذ إلا
قسمة الربح ، لأن رأس المال لا شركة فيه إلا باعتباره وقسمة الربح وحدها لا تخرجه
عن كونه وقاية ، إذ المدار فيه على ارتفاع القراض وانتهاء عمله ، وكذا قوله أو الانقضاء
والفسخ يقتضى ظاهراً اعتبار انقضاء جميع المال ، وقد عرفت أنه يكفي انقضاء قدر
رأس المال ، كما أنه يقتضى عدم الاستقرار إذا حصل الفسخ والمال عروض ، لكنه
صحيح على مختاره من وجوب الانقضاء على العامل .

وأما عبارة المسالك فلا ريب في فسادها على ما حضري من تسختها من عطف
القسمة باو ، لكنها غير نفية من الغلط ، والمتجه كونها بالواو ، وحينئذ يأتي فيما
اختاره البحث السابق الذي ذكرناه في الصورة الثانية .

وأما الصورة الثالثة فليست مذكورة في كلامه ، وظاهره عدم الاستقرار فيها ،
وقد عرفت الحال ، كما أنك عرفت الإشارة إلى صورة الفسخ مع القسمة قبل القبض
والمتجه حصول القرار فيها ، بل ويتجه القرار أيضاً باتلاف المالك مال المضاربة الذي
ظهر فيه الربح ، لتمحّض حق العامل حينئذ في نعمة المالك ، وانفساخ المضاربة حينئذ
كما لو استرد المال منه ، بخلاف ما لو أتلّفه أجنبي ، فإن الظاهر بقاء المضاربة
فيما اشتغلت به نعمة الأجنبي ، كما صرح به الفاضل في التذكرة والله العالم .

الامر ﴿ الرابع في اللواحق : وفيه مسائل ﴾

﴿ الاولى ﴾ لا خلاف ولا اشكال في ان ﴿ العامل أمين ﴾ بل هو إجماعي :
ف ﴿ لا يضمن ﴾ حينئذ ما يتلف إلا عن تفریط أو خيانة ﴿ ولو للتعدي فيه بأن
فعل فيه ما لم يأذن له شرعاً فيه ، ولعل منه السفر بلا إذن من المالك ، وشراء شيء

نهاه المالك عنه ، وهو ذلك مما عرفت ضمان العامل فيه ، وإن بقيت المضاربة ، بل ظاهر الأدلة كونه ضامناً للوضيعة التي تكون في ذلك ، بل صريح بعضهم أو ظاهره ضمانه بالثمن الذي يكون للشيء في البلد التي سافر عنها ، بل قد يقال : أو يقوى ضمانه الوضيعة المتجددة بعد التعدي . وبالسفر مثلاً ، وإن تساوى السعر في البلدين على وجه لو بقي في البلد التي سافر عنها لحصلت تلك الوضيعة أيضاً ، لا إطلاق كونها على العامل مع مخالفته . نعم لو فرض كون الوضيعة سابقاً على سفره فتعدي وسافر وباع بما فيه تلك الوضيعة أمكن حينئذ عدم الضمان ، فتأمل .

وعلى كل حال فلا إشكال ﴿و﴾ لا خلاف في أن ﴿قوله﴾ أي العامل ﴿مقبول في التلف﴾ لأنه أمين و ذو يد على المال باذن المالك ، من غير فرق عندنا بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن إقامة البينة عليه أو خفي .

﴿وهل يقبل في الرد؟ فيه تردد﴾ من كونه أميناً كالودعي ، ولما في عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق ، لاحتمال صدقه ، فتكليفه ثانياً بذلك من ذلك ، أو التخليد بالسجن ، وهو المنحكي عن الشيخ ، ومن أصالة عدم الرد ، فيكون المالك منكراً ﴿أظهره أنه لا يقبل﴾ بعموم قوله ﴿باعتبار﴾^(١) «البينة على المدعي» وقبول قوله في التلف مثلاً لا يقتضي القبول في ذلك ، وليس في الأدلة ما يقتضي قبول قول الأمين في جميع ما يدعيه على وجه يشمل مانحن فيه ، والقياس على الودعي غير جائز عندنا ، خصوصاً بعد الفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحة المالك خاصة ، بخلاف المقام الذي هو لمصلحتهما ، والتكليف برد المثل أو القيمة يرفع التكليف بما لا يطاق ، و التخليد بالسجن ، إذ الكلام هنا في القبول وعدمه من حيث الغرامة وعدمها ، لا من حيث خصوص العين وعدمها .

فمن الغريب ما في جامع المقاصد والمسالك من أنه إذا لم يقبل قوله في الرد يلزمه تخليده في السجن لو أصر على انكاره المحتمل الصدق ، وهم قد تحرروا من ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف ، فضلاً عن المقام الذي هو أمين ، إلا أن يحمل على

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

مؤاخذته و مطالبته به ، و إن أدت إلى الجبس ، للأستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين ، ثم يؤخذ منه البديل للحيلولة ، إلا أن مثل هذا يأتي في دعوى التلف خصوصاً من الغاصب ، وليس في كلامهم تنقيح لهذا فينبغي النظر فيه .

قلت : لا بأس بالتزامه في المقام ، والغاصب مع فرض ثبوت العين عنده ، في ظاهر الشرع ، إلا أن يرضى المالك بالبديل ، ويكون ذلك من جملة التعزيرات الشرعية . لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله خروج عما نحن فيه ، و إن كان هو جيداً حيث تكون الدعوى في خصوص العين ، فما اطلب فيه صاحب الحقائق - من الإنكار عليه قائلاً أنني لا أعرف له وجهاً ، إذ الدعاوي كلها من هذا القبيل - في غير محله ، ضرورة أنه ليس ذلك منهما في دعوى الغرامات ونحوها ، وإنما هو في دعوى خصوص العين .

نعم فيه ما ذكرناه من أن المراد هنا من القبول وعدمه بالنسبة إلى الغرامة ، ولو فرض إرادة المالك خصوص العين ، لاتبه حينئذ ما ذكرناه فتأمل جيداً والله العالم .

المسألة الثانية : إذا اشترى العامل من ينعق على رب المال ، فإن كان باذنه صح **﴿ الشراء ﴾** وينعق **﴿ قهراً ﴾** عليه لعدم ملك الولد العمودين **﴿ فإن فضل ﴾** شيء **﴿ من المال ﴾** الذي دفعه للقراض **﴿ عن ثمنه كان هو ﴾** أي الباقي **﴿ قراضاً ﴾** لعدم انفساخ عقده ، وإلا بطل القراض ، لأن مبني عقد القراض على طلب الربح ، فكل تصرف ينافي به يكون باطلاً ، ومن جملة شراء من ينعق على المالك ، لأنه تخصيص محض ، فضلاً عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد ، فمع فرض إذن المالك فيه و شراء العامل له بعنوان هذه الإذن لم يكن ذلك من تصرف المضاربة ، وإنما هو من تصرف الوكالة الخارجة عنها ، فتبطل حينئذ في ثمنها الذي هو بمنزلة استرداد المالك له ، ويكون الباقي حينئذ رأس المال إن كان ، وإلا بطلت المضاربة من أصلها ، هذا كله إذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء .

﴿ و ﴾ أما **﴿ لو كان فيه ﴾** أي العبد المذكور **﴿ فضل ﴾** فالمحكى عن بعض أنه متى كان كذلك **﴿ ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة ﴾** لتحقيق الملك بالظهور ، ولا يقدح فيه العتق القهري الصادر بإذن المالك الذي مرجعه إلى استرداد طائفة من

المال بعد ظهور الربح و اتلافها ، و ان سرى على العامل أيضاً بناء على السراية في مثله ، إلا أنه يغرم المالك له نصيبه مع يساره ، وإلا استسمى العبد فيه .

﴿و﴾ لكن مع ذلك كله ﴿الوجه﴾ عند المصنف و ثاني الشهيدين وغيرهما ﴿الأجرة﴾ لا الحصّة ، لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة المعتبر فيه امكان تغليب المال للربح ، وأما الأجرة فهي كما في المسالك على هذا العمل ، و على ما تقدمه من الحركات والسفر وغيره من المقدمات من حين العقد الى حين وقوع الشراء الذي هو مع اذن المالك في قوة فسخه فيثبت للعامل عليه الأجرة ، كما اذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل ، ولكن بعد أن سعى وسافر وعمل نحو ذلك ، وأما العمل المزبور فهو وان لم يكن من مقتضيات العقد ، لكنه عمل مأموره من المالك من فاعل مُعَدّ نفسه للعمل بالعوض ، فيجب أن يثبت له أجرة مثله ، بل على فرض انحصار العمل من حين العقد فيه ، ففيه الأجرة ان كان مثله مما يحتمل الأجرة ، والا فلا وحكم المصنف رحمه الله وغيره بالأجرة لا يسع أزيد من ذلك ، بل المراد ان كان العمل له أجرة ، فإنّ الاحالة على أجرة المثل تقتضي أنّ للمثل أجرة قطعاً ، - الى أن قال - وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل ، وعمل الوكيل الذي مبنى عمله على التبرّع والأجرة ليست من مقتضياته ، بخلاف القراض فإنّه مبنى على طلب العوض على عمله ، من حصّة أو أجرة .

قلت : هذا خلاصة ما في المسالك ، بل و جامع المقاصد ، بل وغيرهما ، لكن لا يخفى عليك أولاً - ان لم يكن اجماع - أنه لا مانع من جعل مثل هذا التصرف من مقتضى المضاربة ، مع التصريح من المالك على جهة ضمان حصّته من الربح ، أو يسمى العبد فيها ، أو صيرورة العبد مشتركاً بينه وبين المالك ، بناء على عدم السراية ، لاطلاق الأدلة بل لعل صحيح ^(١) شراء العامل بأداء الموجب لسراية العتق أيضاً على المالك ممّا يؤمى اليه أيضاً ، وقد عرفت سابقاً عدم دليل على اعتبار امكان التغليب في كل جزء من مال المضاربة نعم قد يقال : انّ كل ذلك ونحوه لا يتدرج في اطلاقها .

(١) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب أحكام المضاربة الحديث - ١ - .

و ثانياً : ان المتبجـه عدم الحصة و الاجرة معاً ، بناء على عدم كونه من تصرف المضاربة ، ضرورة صيرورته بالاذن في ذلك و كيلا محضاً على ذلك اذا كانت هي المراد منها ، وان أدنى ثمنه من مال المضاربة الذي هو أحد أموال المالك ، وما ذكره من الاجرة على المقدمات خروج عما نحن فيه ، ضرورة كون الكلام في الاجرة على نفس العمل ، كما أن دعواه الفرق المزبور بين العامل والوكيل كذلك أيضاً ، انه في عمل العامل فيما عقد عليه من العمل ، لا في عمل أجنبي خارج عن المضاربة على ما هو المفروض . نعم يبقى احتمال الاجرة باعتبار كونه عملاً مأذوناً فيه ، ولم يظهر من العامل له التبرع ، لتصريح بوكالة أو غيرها ، و كان العمل مماله أجرة من غير فرق في ذلك ، بين عامل المضاربة أو غيره ، كما أنه لا فرق في المقام بين ظهور الربح و عدمه بناء على ذلك فجعل الاجرة من المصنف و غيره فيما لو يظهر الربح في غير محله ، بناء على ان ذلك ليس من عمل المضاربة كما هو واضح .

و ثالثاً : أن ما ذكره من أن ذلك من المالك في قوة فسخ المضاربة في ثمن العبد ، قد يناقش فيه ، بأنه يقتضى افساخ العقد أجمع ، لعدم تبعض العقد بالنسبة إلى ذلك ، لا أن المضاربة باقية فيما بقي ، إذ ليس هو كتلف بعض رأس المال ، إذ ليس ذلك فسخاً للعقد ، بل خروج عن قابلية جريان أثر العقد فيه ، فالأولى حينئذ جعل المقام منه لا من فسخ المالك في بعض مال المضاربة باسترداد ونحوه ، و الامر سهل . و الله العالم . هذا كله إذا كان الشراء من العامل باذن المالك ﴿ و إن كان بشير إذنه و كان الشراء بعين المال بطل ﴾ أى كان موقوفاً على الإجازة فيصح الشراء حينئذ و يقع العتق ، وإن لم يكن من المضاربة ، بناء على عدم اندراج مثلها في تصرفها مع التصريح بالاذن ، فضلاً عن الإطلاق ، و احتمال البطلان . و عدم تأثير الإجازة في مثل هذا التصرف للنهي عنه . كما ترى ، ضرورة عدم نهى عنه لذاته أو لبعض أركانه كى يترتب عليه الفساد ، وإتما هو لعدم ترتب حكم المضاربة عليه ، و ذلك لا ينافي الفضولية ، خصوصاً إذا كان قد أوقعه بعنوانها كما هو واضح .

وعلى كل حال فظاهر المصنف عدم الفرق في ذلك ، و فيما يأتي من الشراء بالذمة

بين العلم بالنسب و حكم الشراء المذكور ، و الجهل بهما ، أو بأحدهما لما عرفت من عدم دخول هذا التصرف في المضاربة حتى مع التصريح بالإذن ، و التباس الأمر ظاهراً لا يقتضى الإذن ، لكن احتمل بعضهم الفرق أو مال إليه ، فحكم مع الجهل بصحة البيع ، و الإفتاق على المالك قهراً ، ولا ضمان على العامل ، لان العقد المذكور إنما يقتضى شراء ما ذكر بحسب الظاهر ، لا في نفس الأمر لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل ، لاستلزامه التكليف بما لا يطاق ، كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم بمعيه فتلّف بذلك العيب .

والفرق بين المعيب وما نحن فيه ، بجواز شراء المعيب اختياراً دونه ، لا يدخل فيما نحن فيه لأن الكلام في حالة لا ربح فيها بفرض اتيان العيب على النفس ، و الحال أنه جاهل به ، واقتراعه عنه في حالة أخرى لا دخل له في المطلوب ، و بالجملة حكمهم بصحة العقود التي يظن فيها الربح و إن ظهرت على خلاف ذلك ، بل على ضدّه يقتضى كون الحكم هنا كذلك .

ومن هنا استشكل في المقام ثاني الشهيدین بل قال : « ويقوى الإشكال في جاهل أحدهما خصوصاً جاهل الحكم لانه غير معذور ، لقدرة على التحفظ ، فإن العلم مقدور لنا ، أما جاهل النسب فمعذور بما تقدم ، كما أنه في جامع المقاصد مال إلى بطلان البيع في المقام ، و في غيره من شراء المعيب و نحوه ، قال : « فإن قيل : فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغيبة ، و إنما ظنّها العامل بظن السلامة و كذا كل موضع ظن الغيبة فظهر خلافها ، قلت : لا أعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك ، و المنتجه عدم صحة البيع ، فيأتي الاجكام السابقة » .

قلت : قد يفرق بين المقام و المعيب و نحوه بأن مبني المضاربة على الاجتهاد بالنسبة إلى العيب و عدمه ، والرغبة فيها و عدمها ، و نحو ذلك مما يكون في مائة الشيء ، فالخطأ و الصواب فيه حينئذ كله من توابع المضاربة ، ضرورة جريانها على المتعارف في أعمال التجار التي لا ريب في اتفاق ذالك فيها . ، بخلاف المقام الذي لم يكن حاضراً في الذهن ، ولا هو من متعارف التجارة ، فمع فرض عدم كون شرائه

من تصرف المضاربة، ولا إذن فيه صريحاً لم يكن الجهل به أو بحكمه موجباً للإذن من المالك، ضرورة عدم كون عنوان الإذن في المضاربة المجهول حاله على وجه يشمل المقام، فلا يبعد كون العلم طريقاً في المفروض، بخلاف المعيب ونحوه، فإنه من عنوان المأذون فيه.

ومن الغريب ما سمعته من جامع المقاصد من دعوى فساد البيع فيه، نحو المقام الذي ربما ظهر من ثاني الشهيدين الأجماع على خلافه، حيث نسب الصحة فيه إلى حكمهم، وإن كان قد عرفت أن اندراج ما نحن فيه فيه - على وجه يترتب عليه صحة البيع والانتفاع وإن قلنا أنه ليس من تصرف المضاربة - محل منع، فالمتجه حينئذ الفرق بين المقامين، كما هو ظاهر المصنف والفاضل حيث أطلقا الحكم بالبطلان من غير فرق بين حالي العلم والجهل.

و كيف كان هذا كله إذا وقع الشراء بالعين ﴿و﴾ أما ﴿ان كان في الذمة﴾ التي قد عرفت عدم اندراجها في إطلاق المضاربة في غير المقام، فضلاً عنه، فحينئذ متى كان كذلك ﴿وقع الشراء للعامل﴾ ظاهراً وباطناً ﴿إلا أن يذكر رب المال﴾ لفظاً، فيكون فضولاً أو نية فكذلك، وإن ألزم به ظاهراً إلا أنه في الواقع موقوف على اجازة المالك، فمع فرض عدمها كان له بيعه وإن كان أباه مقاصدة كما هو واضح. وكذا الكلام فيما لو اشترى من نذر المالك عتقه، بمعنى سيورته حرّاً بدخوله في ملكه، من غير فرق في جميع ما ذكرناه، وإن أطلق في القواعد هنا صحة الشراء والعتق على المالك، لكن التحقيق عدم الفرق في المسألتين والله العالم.

المسألة الثالثة: لو كان المال لمرأة فاشترى العامل ﴿زوجها فإن كان بائناً بطل النكاح﴾ لعدم اجتماعه مع المالك كما حققناه في محله ﴿وإن كان بغير إذنها قيل: يصح الشراء﴾ ولم نعرف قائله، لكونه من موضوع العمل المأذون فيه إذ لا تملك فيه لرأس المال مع إمكان طلب الربح فيه، فهو حينئذ كسواء غير الزوج. ﴿وقيل: يبطل الشراء، لأن عليها في ذلك ضرراً﴾ بانقاسخ النكاح المفوت للمهر في بعض الأحوال، وللفتنة والاستمتاع ونحو ذلك، فيكون تقييداً لإطلاق

الاِذْنُ ﴿ وهو أشبه ﴾ عند المصنف ، بل وعند ثاني المحققين والشهيدين أيضاً ، بناء على ارادة الوقوف على الإِجازة ، من البطلان ، لاهو مطلقا حتى معها و ان كان هو محتملاً ، بل حكى قولاً إلا أنه كما ترى ، مع أنا لم نعرف قائله ، وان حكى عن ظاهر مبسوط الشيخ ، لكن الحكم عليه واضح . كوضوحه بناء على الوقوف على الإِجازة ، وقد أبطلته ، بل و ان أجازته ضرورة بطلان النكاح ، و عدم ضمان ما فاتها من المهر . النفقة ، لاستناده الى اختيارها .

أما على القول بالصحة ففي المسالك الجزم بضمان مافات بسببه مع علمه بالزوجية لأن التفويت جاء من قبله ، قال : « لكن ضمانه للمهر ظاهر ، أما النفقة فمشكل ، لأنها غير مقدرة بالنسبة الى الزمان ، ولا موثوق باجتماع شرائطها ، بل ليست حاصلة ، لان من جملتها التمكين في الزمان المستقبل ، و هو غير واقع الآن ، الا أن يقال : بأنه يضمنها على التدريج ، وهو بعيد ، والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول و هو الذي ذكره جماعة » .

و نحوه في جامع المقاصد قال : « لاضمان على العامل لو أجازت المالكه البيع لما يفوت من المهر والنفقة ، لان ذلك باختيارها ، أما على الثالث أي الضحة فيضمن اذا كان عالماً ، لان التفويت جاء من قبله » .

قلت : هو من الغرائب ان أراد ضمان النفقة ، ضرورة عدم كونها مالا لها قد فوته عليها ، كما هو واضح . والا لضمنها القاتل للزوج ، و أما المهر فهو و ان أرسل ضمانه في كلامهما ارسال المسلمات كالفاضل في القواعد ، بل قد سمعت ما في المسالك من كون الحكم بضمانه ظاهراً ، لكن قد يناقش أو لا : بصور الاِذْن منها على فرض الصحة ، ولو في ضمن الإِطلاق ، والا لم يكن للحكم بها وجه ، و هي ترفع الضمان عن العامل ، كما لو وقعت سريجة ، ضرورة عدم الفرق بين استفادتهما من صريح اللفظ أو اطلاقه .

و ثانياً بمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها ، لكونه مستحقاً لها بالعقد ، ولعل مرادهما ضمانه المهر لسيد العبد الذي هو الزوج ، و هل هو مهر

المثل أو الذي دفعه؟ احتمالان ، كما أنهما يأتیان بالنسبة الى الجميع أو النصف مع فرض الحال فيما قبل الدخول .

وثالثاً : أنه بناء على أن ذلك من أسباب الضمان لم يكن للتقييد بالعلم وجه إذ لا تفاوت فيها بين العلم والجهل .

وبالجملة هذا الكلام منهما لا يخفى ما فيه ، خصوصاً مع بناء الصحة على حصول الإذن منها الرافعة لضمان العامل ، وقد ذكرنا تحقيق الحال في نظير المسألة وهو الفسخ بالرّضاع في كتاب النكاح ، من أراد فليلاحظه .

كما أنه لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرنا حكم ما لو كان المال لرجل فاشتري العامل زوجته ، حتى ما حكاه في جامع المقاصد عن التذكرة ، من أنه على الصحة لو كان الشراء قبل الدخول ، فقد قال في التذكرة : إن في لزومه نصف المهر للزوج وجهين ، فإن قلنا يلزم رجوع به على العامل ، لأنه سبب تقريره عليه ، فيرجع به عليه ، كما لو أفستت إمرأته النكاح بالرّضاع ، قال : ولم يذكر حكم ما بعد الدخول ، وكأنه يرى عدم جواز الرجوع به ، لأنه قد تقرر بالدخول .

قلت : قد عرفت الحال في ذلك كله خصوصاً مع ملاحظة ما ذكرنا في كتاب النكاح والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة : إذا اشترى العامل أباه ﴾ أو غيره ممن ينعق عليه ولا ربح صحّ الشراء ، وكان من مال القراض ، ﴿ فإن ﴾ كان قد ﴿ ظهر فيه ربح ﴾ حين الشراء أو بعده وقلنا بملك العامل بالظهور ﴿ اعتق نصيبه من الربح ﴾ ويسرى في الباقي ﴿ و ﴾ لكن ليس عليه بل ﴿ يسعى المعتق في باقي قيمته ﴾ سواء ﴿ كان العامل مؤسراً أو معسراً ﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد ، بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه وهو الحجة بعد صحيح ^(١) ابن أبي عمير عن محمد ابن قيس « عن الصادق عليه السلام في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشتري أباه وهو لا يعلم ، قال : يقوم فإن زاد درهما واحداً اعتق واستسمى في مال الرجل »

(١) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب أحكام المضاربة الحديث - ١ - .

الذي قد ترك الاستفصال فيه عن اليسار والاعسار ، مع أن المسؤل عنه مطلق الرجل لا رجل مخصوص ، كي يحتمل علم الإمام عليه السلام بحاله ، بل أطلق فيه الحكم أيضاً بالنسبة إلى ظهور الربح حال الشراء ، وتجده بعده .

لكن مع ذلك احتمل أو قيل بالسراية مع التقويم على العامل المؤسر ، لاختياره السبب الموجب لها ، فيحمل الصحيح المزبور على الاعسار ، جمعاً بين الأدلة أو على تجديد الربح بعد الشراء ، بناء على عدم التقويم عليه فيه كما سيأتي ، بل في جامع المقاصد والمسالك احتمال بطلان البيع من أصله ، لأنه مناف لمقصود القراض الذي هو السعي للتجارة ، القابلة للتقلب للاسترباح المنافي لهذا الشراء المتعقب للعتق ، فيكون حينئذ باطلاً ، أو موقوفاً على الإجازة ، إلا أن الجميع كما ترى اجتهد في مقابلة النص والفتوى والاجماع ، بل من ذلك يعرف قوة القول بجواز شراء أب المالك مضاربة مع الإذن ، كما أومأنا إليه سابقاً ، بل قد عرفت أن مقتضى الجميع عدم الفرق هنا بين الربح حال الشراء ، وتجده بعده ، فإنه لا ريب في اعتناق لصيحه معه .

ولكن في جامع المقاصد والمسالك في سراية العتق حينئذ وعدمها وجهان : أحدهما نعم ، لاختياره السبب وهو الشراء ، إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق وهو اختيار للمسبب . وثانيهما لا ، لأن الشراء ليس هو مجموع السبب ، بل جزؤه والسبب القريب إنما هو ارتفاع السوق ، ولا دخل لاختياره فيه ، فلا يكون مختاراً للمسبب ، لان جزئه غير مقدور ، فهو حينئذ كالاثر الذي لا يوجب سراية . وفيه ما عرفت من أنه أيضاً اجتهد في مقابلة النص والفتوى ومعقد الاجماع التي لم يفرق فيها أجمع بين الأمرين .

نعم قد يقال بعدم اندراج مثل هذا الشراء في اطلاق المضاربة مع العلم بالنسب للضرر على المالك بانتظار سعي العبد الذي قد يعجز عن الأداء ، والصحيح مختص بحال الجهل ، والفتوى ومعقد الاجماع لا وثوق بإرادة هذا الفرد من إطلاقهما ، وحينئذ فالوقوف في مثله على الإجازة لا يخلو من قوة .

بقي الكلام في شيئين أحدهما : هو أنه ربما ظهر من النص والقنوى جعل مناط الحكم المزبور تقويمه ، ثم النظر في زيادته على رأس المال وعدعها ، ولا ريب في عدم اعتبار ذلك ، ضرورة إمكان زيادة غيره من أعيان المضاربة على وجه يملك العامل حصته المشاعة المتحققة في الأب وإن لم ترد قيمته ، فإنه حينئذ لا ريب في جريان الحكم المزبور عليه ، والصحيح منزل على ما إذا كان الأب هو جميع مال المضاربة ، لا ما يشمل الفرض ، كما أنه لا يشمل ما لو زادت قيمة الأب ، إلا أنه نقصت باقي أعيان المضاربة على وجه تكون تلك الزيادة جابرة أو أقل ، إذ لا ربح حينئذ ، والمراد من الصحيح الزيادة التي تكون ربها .

الثاني : إذا فرض كون الأب أحد أعيان المضاربة ، ولم يظهر ربح ، وأراد المالك والعامل الانضاض ، لكن قد يحتمل في أثناء ذلك وجود راغب أو تجدّد زيادة لبعض أعيانها ، فهل للعامل تأخير بيع الأب إذا أراد المالك تقديمه ، وجهان : أقواهما عدم ، ضرورة كونه ملكا للمالك الذي هو متسلط عليه ، ولم تظهر زيادة يتسلط بها العامل ، فلا ريب في أن المالك حينئذ مقدم على العامل في ذلك ، خصوصا مع احتمال الضرر عليه ، بوجود الراغب لبعض الأعيان على وجه يوجب العتق ، وانقضاء المالك إلى السعي المحتمل عدم حصوله ، وليس هذا الفرض من ظهور الربح بعد خفائه الذي به ينكشف سبق ملك العامل ، بل هو من تجدّده باتفاق حصول راغب في بعض الأعيان ، وإن لم يكن قيمة لها ، ونحو ذلك مما لا يوجب سبق ملك للعامل كما هو واضح .

المسألة الخامسة : إنا فسح المالك ﴿ أو العامل أوهما ﴾ ﴿ صح ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لما عرفته من كون العقد جائزا وكان الربح بينهما مع وجوده على حسب شرطهما ، فإن لم يكن ربح ﴿ وكان ﴾ المال ناضا أخذه المالك ، ولا شيء للعامل إلا أن يكون الفسخ من المالك فإن ﴿ للعامل أجرة المثل إلى ذلك الوقت ﴾ عند المصنف وبعض ، على ما حكى ، لأن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع . ويشكل بأنه لم يقدم إلا على الحصة على تقدير وجودها ، ولم توجد ولا شيء

له ، والمالك مسلط على الفسخ حيث شاء ، واحتمال دفعه - بأنه إنما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره إلى أن يحصل ، وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها ، فإنما خالف فقد فوتها عليه ، فتجب عليه أجرته ، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل - كما ترى ، لا ينبغي صدوره من فقيه ، ضرورة اقتضائه ضمان المالك الأجرة لو فسخ ، وإن قلبه العامل مراراً متعددة ولم يحصل ربح ، بل وإن خسر ، وهو مناف للمعلوم من شرع المضاربة المبنية على استحقاق العامل حصة من الربح إن حصل ، وإلا فلا شيء له وأغرب منه ما يحكى عن إطلاق التذكرة من أن له الأجرة في الفرض حتى لو كان الفسخ من العامل .

نعم قد يقال : بالأجرة فيما لو عمل العامل وفسخ المالك قبل إتمام عمله المحتمل حصول الربح به ، باعتبار احترام عمله ، واقدامهما على الربح المترتب عليه ، والقرض احتمالاً ، فبالفسخ تفوت الحصة ، ولكن العمل على احترامه ، ورضاهما بهذا العقد الجائز المسلط على الفسخ في جميع الاوقات لا ينافي ثبوت الأجرة له من جهة أخرى ويمكن حل مثل عبارة المصنف على ذلك ، كما أن منه يظهر لك ما في المسالك من عدم الفرق بين صورتي الفسخ قبل الانقضاء وبعده .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو كان بالمال عردض ﴾ بعد الفسخ ﴿ قيل ﴾ : كان له أن يبيعه ﴿ من دون رضا المالك ، وإن لم يكن قد ظهر فيه ربح ، لتعلق حقه به ، واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح .

وفيه : أنه لاحق له مع فرض عدم الربح ، والاحتمال المعارض باحتمال نقصان المال لا يكفي في دعوى تعلق الحق كما هو واضح .

نعم في المسالك « لو كان الزبون المذكور موجوداً بالفعل توجه الجواز ، لأنه في قوة ظهور الربح » .

مع امكان المناقشة فيه أيضاً أولاً : بمنع كونه في قوة ظهور الربح المتوقف صدقه عرفاً على زيادة قيمة المال في نفسه ، أو فعلية الثمن من الراغب ، لوجوده وإن لم يكن قد وقع منه ذلك ، وخصوصاً إذا حصل الراغب بعد الفسخ .

و ثانياً : بمنع تسلطه على ذلك في صورة ظهور الربح الذي لا يزيد به على كونه شريكاً ، ومن المعلوم عدم سلطنة له على بيع مال الشركة بغير إذن الشريك .
 ﴿ و ﴾ بذلك ظهر لك أن ﴿ الوجه المنع ﴾ من البيع مطلقاً ، لقاعدة منع التصرف في مال الغير بغير إذنه وغيرها ﴿ ولو ﴾ انعكس الحال بأن ﴿ ألزمه المالك ﴾ بالبيع ﴿ قيل : يجب عليه أن ينقض المال ﴾ لأنه أخذه نقداً فيجب أن يردّه كذلك لا بطلاق قوله ﴿ ينقض ﴾ ^(١) « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » و لحدوث التغير في المال بفعله ، فيجب ردّه ، و فيه منع دلالة الخبر المذكور على وجوب ردّ المال المأخوذ بالأذن المتغير بها كما أخذه أولاً ، ﴿ و ﴾ الأصل البراءة في ﴿ الوجه ﴾ حينئذ ﴿ أنه لا يجب ﴾ عليه الإجابة هنا كله في صورة عدم ظهور الربح .

أما معه و كان المال عروضاً و طلب المالك انقضاؤه ، فقد جزم في جامع المقاصد والمسالك بوجوب الإجابة على العامل ، لأن استحقاقه الربح وإن كان ثابتاً بظهوره إلا أن استقراره مشروط بالإفناء ، فيحتمل عروض ما يقتضي سقوطه .

وقد تقدم سابقاً ما يعلم به قرار هذا المالك على القول به ، فبناءً على أنه بالفسخ يحصل - لانتهاء المضاربة حينئذ ، ويتحقق حينئذ الشركة بين المالك والعامل بمقدار حصته من الربح المفروض ظهوره عند الفسخ ، وكل ما يتجدد حينئذ من تلف وخسارة فهو حينئذ عليهما ، لا يختص به الربح - يتبعه حينئذ عدم وجوب إجابة العامل للانقضاء وإن ألزمه المالك به ، لعدم ضمانه ما يعرض مع عدم وجوب الإرجاع نقداً كما عرفت .

ومنه يعلم أيضاً الحال فيما لو طلب العامل البيع خاصة ، الذي ذكر في المسالك في وجوب إجابة المالك له وجهين ، ضرورة كون المتبجّه بناءً على ما ذكرناه عدم الوجوب بل لعله كذلك حتى على القول الآخر ، لا يمكن وصوله إلى حقه بقسمة العروض ، والإرجاع نقداً إنما هو حق المالك فله إسقاطه ، ولأنّ حال العامل لا يزيد على حال الشريك الذي من المعلوم أنه لا يكلف إجابة شريكة إلى البيع ، كل ذلك مع طلب

العامل البيع في الحال .

أما لو طلب تأخيرهُ إلى وقت متأخر كموسم متوقع ، فليس له ذلك قطعاً للضرر ، كالقطع بعدم ثبوت تسلط للعامل بناء على توقف ملكه على الانقضاء أو غيره . وبما ذكرنا يعلم الحال فيما لو كان الفسخ من العامل في هذه الصورة ، إذ الحكم كذلك ، بل ينبغي الجزم بعدم استحقاقه الأجرة لو كان ناضاً لأربح فيه ، وبعدم وجوب إجابة المالك إلى بيعه ، لأن المانع من قبله كما هو واضح .

ولو كان بعض المال ناضاً فإن كان قدر رأس المال ، اتجه عدم إجبار العامل على انقضاء الباقي ، لرجوع المال إلى المالك - كما كان ، وأولى منه لو كان أزيد .
أما لو كان ناقصاً ففي المسالك « توجه جواز إجباره على انقضاء قدره ، لو قلناه بإجباره على الانقضاء فيما سبق » .

قلت : لكن قد عرفت الحال في ذلك وغيره على وجه تبين لك أن جميع ما في جامع المقاصد والمسالك هنا غير منقح . فلاحظ وتأمل .

﴿و﴾ كيف كان ففي المتن وغيره أنه ﴿إن كان﴾ المال ﴿سلفاً﴾ ، كان عليه
أى العامل ﴿جبايته﴾ و إن فسخ المالك ، وكذا غيره من الديون المأذون فيها لاقتضاء المضاربة رد رأس المال على صفته ، والديون لا يجري مجرى المال ، ولأن الدين ملك ناقص ، والذي أخذه ملك تام ، و « على اليد ما أخذت » ولكن فيه ما عرفت ، من أن الأصل البراءة بعد عدم دلالة الخبر المزبور على ذلك ، مع فرض وقوع الدين باذن المالك ، و انفساخ المضاربة ، فالمتجه حينئذ أيضاً عدم الوجوب ، ومنه يعلم أيضاً ما في قول المصنف وغيره ﴿وكذا لومات رب المال وهو عروض﴾ ، كان له أي العامل ﴿البيع﴾ ، إلا أن يمنعه الوارث ﴿بل هو مناف لما ذكره سابقاً﴾ ، من أن الوجه المنع ضرورة عدم الفرق بين الفسخ الاختياري والقهري ، فليس له التصرف إلا باذن المالك من غير فرق بين ظهور الربح وعدمه ، كما ذكرنا الكلام فيه مفصلاً وإليه أشار المصنف ﴿وفيه قول : آخر﴾ وهو ما ذكرناه من عدم جواز البيع إلا بالاذن ، لبطلان العقد و قد استوجه في المسالك ، وهو في محله . والله العالم .

المسألة السادسة: إذا قارض العامل غيره ، فإن كان بائنه ﴿ أي المالك ﴾ شرط الربح بين العامل الثاني والمالك صحّ ﴿ لأنه يكون حينئذ بمنزلة الوكيل عن المالك في ذلك ، وسبق عقد القراض معه لا يتنافى ذلك ، بل لا يقتضي فساداً ، لعدم ما يدلّ على اعتبار خلو المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحّة الثاني ، وإن كان هو لا يستحق شيئاً من الربح ، بعدم العمل منه ، أما لو فرض عمل كل منهما صحّ وأخذ كل منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لو شرط لنفسه ﴾ شيئاً من الربح ﴿ لم يصح لأنه لا عمل له ﴾ وإيقاع عقد القراض ، ولو بالأقل من الحصة التي جعلها المالك له ، ليس من أعمال التجارة التي شرع جعل بعض الربح عوضاً عنها ، فلا يصح اشتراط شيء من الربح له ، حتى لو أذن المالك له في ذلك ، فإن أذنه لا تفيد في شرعية غير المشروع اللهم إلا أن يدعى دخول مثل ذلك في عمل المضاربة المشروعة ، لأنه مما يترتب عليه ربح للمال ، بل هو داخل في عمل التجارة والتكسب ، خصوصاً مع التصريح به في ضمن غيره ، فتأمل هذا .

وفي المسالك « أذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني ، والعامل الأول أنا أراد ذلك بمنزلة وكيل المالك ، وقد يكون بمعنى ادخال من شاء معه ، وجعلهما عاملين ، وقد يكون بالاعم - إلى أن قال - بعد الاعتراف بأن مراد المصنف هنا الأول : ولو كان الإذن بالمعنى الثاني أو بالاعم وجعل الثاني شريكاً له في العمل والحصة بينهما صحّ ، لا يتفاء المانع في الأول ، وهو عدم العمل » .

قلت : لكن يكون ذلك فسخاً للمضاربة السابقة ، وإنشاءً جديداً من العامل باذن المالك أو أن المضاربة الأولى بحالها ، ولكن الحصة الأولى المشروطة للأول في المعنى مشروطة باستقلاله بالعمل ، أمّا مع فرض وضع شريك معه فلا يكون حينئذ شريك الثاني مع الأول باذن المالك في حصته الأولى مضاربة على تلك المضاربة الأولى بلا فسح لها ، ولا مانع من ذلك - وجهان وليس في كلامه تحرير لذلك ، و

إنما اقتصر على الصحة معللاً لها بانتفاء المانع ، وأنت خير بأن انتفاء المانع في الأول لا يكون مقتضياً للصحة هنا .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لمو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثاني ﴾ وفي خير احمد بن محمد بن عيسى^(١) المروي عن نوادره و عن أبيه « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالا مضاربةً يحل له أن يعطيه غيره بأقل مما أخذ ، قال : لا ، ولكنه فضولي إن أجازت رب عليه حكمه ، وإلا بطل القراض ﴾ فإن ﴿ فرض حصول ﴾ ربح ﴾ حينئذ ﴿ كان نصف الربح للمالك ، و النصف الآخر للعامل الأول ﴾ بناء على أن القراض كان كذلك ﴿ و عليه ﴾ أي العامل الأول ﴿ أجره ﴾ العامل ﴿ الثاني ﴾ و بها صار عمله الذي قد عمله ، للأول الذي كان قد وقع القراض معه ، فيستحق حينئذ ما شرط له ، إذ ليس في عقد القراض ما يقتضي مباشرة العمل بنفسه ، ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه ، و بأجرة و نحو ذلك .

﴿ و قيل : ﴾ و القائل بعض الشافعية النصف الآخر ﴿ للمالك أيضاً لا ﴾ نه نماء ملكه ، و الفرض أ ﴿ ن الأول لم يعمل شيئاً و الثاني غير مأذون عنه . ﴾ و قيل : ﴿ كما عن بعض آخر منهم أيضاً أنه ﴾ بين العاملين ، و يرجع الثاني ﴿ منهما ﴾ على الأول بنصف الأجرة ﴿ لأنه قد فاته بغيره منه نصف ما جعل له من الربح .

و لهم وجه رابع على ما حكى و هو أن جميع النصف للعامل الثاني عملاً بالشرط ، و لا شيء للأول إذ لا ملك له ولا عمل .

﴿ و الأول حسن ﴾ لما عرفت ، و لا ينافيه فرض عدم إجازة المالك اذ هي للقراض ، أمّا ما وقع منه من الشراء والبيع فهو بائن العامل الأول الذي لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه ، أقصى ما هنالك أن العامل الثاني أوقعه بعنوان أنه مقارض ، و قد بان فساد ، فاستحق على من غره أجره المثل ، و فساد القراض يقتضي فساد الإذن

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام المضاربة الحديث - ١ - مع

الحاصل من العامل ، اذ الظاهر عدم كون ذلك قيداً لها هنا كما في نظائره .
 و من ذلك يظهر لك ضعف الثاني ، ضرورة عدم استحقاق المالك له مع عدم
 فساد القراض الاول ، وضرورة عمل العامل الثاني للاول ولو بغرم الاجرة له . و
 كذا الثالث ، فان كونه بين العاملين مع فساد القراض غير متصور ، اللهم إلا أن يدعى
 أن العامل الاول له المضاربة بمعنى التشريك فيما له من الحصة ، فإذا فرض أنه قد
 جعل له النصف من المجموع الموزع عليه وعلى المالك الذي لم يجز مضى فيما له ،
 بطل فيما يرجع إلى المالك الا انه لفروده إتياء يغرم له الاجرة ، و منه ينتقدح وجه
 الرابع المبني على تنزيل النصف على الراجع له ، لا الموزع منه و من المالك ، لكن
 الجميع كماترى ، ضرورة عدم صحة المضاربة له من دون إذن المالك ، ولو بالتشريك
 في حصته ، فوقع ذلك منه حينئذ مقالة غير مشروعة ، هذا .

و لكن في المسالك « إن هذه الأقوال ليست لأصحابنا ، ولا نقلها أحد عن أحد
 منهم ، و إن كان ظاهر التعبير : « قيل و قيل » ذلك ، و إنما هي وجوه للشافعية ،
 ذكرها المصنف و العلامة في كتبه ، ونقل الشيخ في المبسوط قريباً منها بطريقة أخرى
 غير منقحة - إلى أن قال تبعاً لجامع المقاصد - : و التحقيق في هذه المسألة المرتب
 على أصولنا أن المالك إن أجاز العقد فالربح بينه و بين الثاني على الشرط ، و إن
 لم يجزه بطل ، ثم الشراء إن كان بالعين وقف على إجازة المالك ، فإن أجاز فالمالك
 له خاصة ، ولا شيء لهما في الربح ، أما الاول فلعدم العمل ، و أما الثاني فلعدم
 الإذن له ، و لكن له أجرة مثل عمله على الاول مع جهله ، لا مع عمله ، و إن كان
 الشراء في الذمة و نوى صاحب المال فكذلك ، و إن نوى عن عامله وقع الشراء له ،
 لانه وكيله ، و إن لم ينو شيئاً أو نوى نفسه فالعقد له ، و ضمان المال عليه ، لتعديبه
 بمخالفة مقتضى المضاربة ، و حيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الاجرة على الاول
 مع جهله إن لم يتعد مقتضى المضاربة » .

ثم إنهما قبل ذلك قد أطنبا في ذكر حكم الضمان لو تلف المال في يد العامل
 الثاني و ذكر اجملة من أحكام الغصب ، ولا يخفى عليك خروج جميع ذلك عما نحن

فيه ، ضرورة كون المراد بيان حكم القراض الثاني فيما إذا ربح المال ، و هو لا يستلزم تسلم المال إذ يمكن قراضه وعمله و المال في يد العامل الأول ، كما أنه لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه عدم الفضولية فيما أوقعه العامل الثاني باذن الأول وإن لم يجز قراضه ، بناء على أن للعامل الأول الإذن لغيره في العمل ، وأن فساد قراضه لا يتنافى ثبوت الإذن له في ذلك ، كما في غير هذه الصورة مما فسد فيه القراض فإنه يشبث للعامل أجره المثل ، والمال ونماؤه للمالك ، وليس هو إلا لبقاء الإذن مع فساد القراض ، وما نحن فيه من ذلك .

ومن الغريب دعوى خروج هذه الوجوه عن أصولنا مع تصريح المصنف بحسن الأول منها ، بل مفروغيته من صحة البيع وملك المالك النصف ، وعدم ذكر الفضولية هنا في شيء مما فعله العامل الثاني ، ونحو ذلك مما هو كالصريح في أن موضوع المسألة عنده غير مذكراه ، وإن اعترضاهما بنحو ماسمعتة منهما هنا ، لكن الانصاف عدم وروده عليه ، وعدم مدخلية لكثير مما ذكرناه هنا في مفروض المسألة كما لا يخفى على من لاحظ المقام وتأمل . والله العالم .

المسألة السابعة : إذا قال ﴿ المالك ﴾ : ﴿ دفعت إليه مالا قراضا ، فأبكر ﴾ العامل ذلك ﴿ فأقام المدعى بيئته ﴾ على أنه دفع إليه مالا قراضا ﴿ فادعى العامل التلف قضي عليه بالضمان ، وكذا لو ادعى عليه ودیعة أو غيرها من الأمانات ﴾ لثبوت كونه خائناً بانكاره المال الذي قامت البيئته عليه ، وأقر هو أيضاً به بعد ذلك بدعواه تلفه ، ولا ريب في كونه خيائنة ، بل قد يقال : إنه لم تقبل دعواه حتى لو أقام بيئته على تلفه منه بلا تعد ولا تفريط ، لتكذيبه إياها بانكاره الأول الذي هو أيضا اقرار في حقه ، ومن هنا عبّر الفاضل في القواعد بعدم قبول دعواه .

لكن في المسالك « إن عبارة المتن أجود منها ، لاستلزام عدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين ، وقد تكون تالفة ، إلا أن يتكلف نحو ما تقدم من حبسه مدة يظهر فيها اليأس من وجود العين » .

وفيه أن المقصود عدم قبول دعوى التلف التي كانت تقبل منه سابقا بيمينه في

اسقاط الضمان عنه ، وأما التكليف بالعين نفسها وعدمه فهو غير مقصود لهما ، فليس تعبير المصنف بالضمان تحريزاً عن ذلك ، ضرورة عدم تصديق مجرد قوله بالنسبة إلى ذلك ، من دون استظهار يمين أو بيّنة ، أو حبس أو نحو ذلك ، وعلى كل حال فهو مقام آخر غير ما نحن فيه ، يجري في الغاصب ونحوه ، هذا كله فيما إذا كان جوابه في الدعوى الأول ما سمعت .

﴿ أما لو كان جوابه : لا يستحق عندي شيئاً أو ما أشبهه لم يضمن ﴾ وإن قامت البيّنة على دفع المال إليه قراضاً ، لكون ذلك أعمّ من ضمانه ، بل لو ادعى التلف بعد ذلك سمع منه يمينه ، لعدم التنافي بينه وبين كلامه الأول كما هو واضح .

المسألة ﴿ الثامنة : إذا تلف مال القراض أو بعضه ، بعد دورانه في التجارة ، احتسب التلف من الربح ﴾ الذي هو وقاية لرأس المال في شرع المعاملة وفي عرفها ، ﴿ وكذا لو تلف قبل ذلك ﴾ كما لو أذن له في الشراء في الذمة فاشتري ثم تلف المال وقد الثمن عنه ، فإنّ القراض يستمرّ ويمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد ﴿ و ﴾ لكن ﴿ في هذا تردّد ﴾ عند المصنف مما عرفت ، ومن أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض ، إلا أنّ الأقوى عدم الفرق ، لأنّ المقتضى لكونه مال قراض هو العقد ، لا دورانه في التجارة ، فمتى تصوّر بقاء العقد وثبوت الربح ، جبر ما تلف مطلقاً ، بل لا يخفى على من أعطى التأمل حقّه ، عدم صدق الربح الذي وقع الشرط بين المالك والعامل عليه إلاّ على ما يبقى بعد جبر جميع ما يحدث على المال ، من أوّل تسلمه إلى انتهاء المضاربة ، من غير فرق في النقصان بين انخفاض السوق والفرق والحرق وأخذ الظالم والسارق وغير ذلك ، مما هو بآفة سماوية وغيرها ، فما عساه يقال أوقيل : - من اختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة الملتف ، لأنّه حينئذ بمنزلة الموجود ، فلا حاجة إلى جبره ، ولأنّه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته ، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه - لا ينبغي أن يصفى إليه لما عرفت ، نعم لو فرض حصول العوض من التلف كان العوض من جملة المال . والله العالم .

المسألة ﴿ التاسعة : إذا قارض اثنان ﴾ مثلاً ﴿ واحداً ﴾ مثلاً ﴿ وشرطاً له النصف منهما وتفاضلاً في النصف الآخر مع التساوي في المال ﴾ أو تساويًا فيه مع التفاوت في المال ، ﴿ كان فاسداً لفساد الشرط ﴾ المقتضي زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالكين ، أو التساوي مع التفاوت في المالكين بلا عمل من ذي الزيادة ، ضرورة كون العامل غيرهما ، وقد عرفت سابقاً عدم جواز ذلك في الشريكين ، فكذا هنا ، إذ لا فرق بين امتزاج المالكين وعدمه ، ﴿ و ﴾ لكن قال المصنف هنا ﴿ فيه تردد ﴾ ولعله من ذلك ، ومن احتمال كون اشتراط الزيادة هنا من العامل بمعنى أن صاحبها قد شرط له في العمل بماله أقل مما شرط له الآخر ، ولا ريب في جواز ذلك ، ضرورة عدم المانع المزبور منه .

لا يقال : - إن محل المسألة مع الإطلاق الذي هو كما يحتمل ذلك يحتمل كونها من المالك الآخر ، ولا ترجيح - لأننا نقول : إن أصل الصحة يرجع الأول بل لعله كذلك حتى مع فرض عدم خطو هذا التفصيل في قصدهم ، محلاً لفعل المسلم على الصحيح في نفس الأمر .

نعم لو صرح باستحقاق العامل من نصيب كل منهما نصفه ، إتجه الفساد حينئذ ، بناءً على ما سمعته في الشركة ، مع أنه قد يقال بالصحة هنا ، بدعوى كون ذلك من عمل المضاربة ، كما يومي إليه ما عساه يستفاد من إطلاق عبارة المتن والقواعد من عدم الفرق في الحكم المزبور بين امتزاج المالكين وعدمه ، كما اعترف به الكركي في شرحه .

ولا ريب في أن استحقاق كل منهما في ربح مال الآخر - المفروض تميزه مع أنه قد يختلف قلّة وكثرة ، بل قد يحصل بالخسران في أحدهما دون الآخر الذي يجبر منه شيء - لا تقتضيه الضوابط ، بل هو إن كان ، فليس إلا من صدق كون المجموع مال مضاربة واحدة ، ولذا جعل الربح بينهما مشاعاً ، وإذا كان ذلك ونحوه من مقتضى عقد المضاربة ، فلتقتضى أيضاً التفاوت في ربح النصف ، وإن تساويًا في المال ، أو التساوي فيه مع التفاوت فيه ، ويكون ذلك من أحكامها ، نحو مالو قارض الواحد مثلاً اثنان

مثلاً على التفاوت فيما شرط لهما من الربح ، فإنه يصح ، وإن كان المشروط له الأكثر ، الأقل عملاً ، لا إطلاق الأدلة ، خلافاً للمالك فلم يجوز التفاوت بينهما وقد تقدم الكلام فيه سابقاً .

المسألة (العاشره : إذا اشترى عبداً) مثلاً (للقراض فثلف الثمن قبل القبض قيل : (والفائل الشيخ في محكي المبسوط (يلزم صاحب المال ثمنه دائماً ، ويكون الجميع رأس ماله (يجبر التالف منه بالربح (وقيل (والفائل ابن ادريس فيما حكى عنه (إن كان أذن له في الشراء في الذمة فكذلك ، وإلا كان باطلاً ، ولا يلزم الثمن أحدهما (وقد عرفت فيما مضى تفصيل الحال ، من أنه إن كان الشراء في الذمة باذن المالك لزم دفع الثمن ثانياً و ثالثاً دائماً ، وإلا فإن صرح بكون الشراء له وقف على اجازته ، فإن أجاز لزمه الثمن ، وإلا بطل البيع ، وإن لم يذكره لفظاً وقع الشراء للعامل ظاهراً مع فرض كونه قد نوى المالك ، وإلا فواقعاً أيضاً ، وإن كان الشراء بالعين فهلكت قبل دفعها بطل العقد ، وهذا كله واضح .

نعم في المسالك بعد أن ذكر جميع ذلك قال : « و حيث يلزم المالك الثمن ثانياً يكون الجميع رأس ماله يجبر جميعه بالربح ، وهو جيد في غير صورة الفضولي ، أما فيها فلا يخلو من إشكال ، ضرورة عدم وقوع عقد المضاربة ، فمع فرض إجازة المالك لذلك يلحق الثمن حكم المضاربة ، ولكن الإصاف عدم خلوه عن الإشكال أيضاً .

المسألة (الحادية عشرة : إذا نض قنديل ربيع فطلب أحدهما القسمة (لقد ربح (فإن انفقاصه (لأنحصار الحق فيهما (و إن امتنع المالك لم يجبر (لما فيه من الضرر عليه ، لاحتمال خسارة مال القراض ، فيحتاج الجبريه ، أما العامل فقد يظهر من العبارة أنه ليس له الإمتناع ، لأنه متى احتاج إلى الجبر احتسب على المالك ، لكن في القواعد «إن امتنع أحدهما لم يجبر على القسمة» .

وفي جامع المقاصد «أما المالك فظاهر ، وأما العامل فلا أنه لا يأمن أن يطره الخسران ، وإن أتلف ما وصل إليه فيحتاج إلى غرم ما وصل إليه بالقسمة ، وذلك ضرر» . وفيه منع كون ذلك ضرراً ، ضرورة امكان المحافظة عليه ، بعدم التصرف ، بل

لو أغرمه لم يكن عليه ضرر ، لأنه في مقابل ما تصرف فيه ، والله العالم .
و على كل حال ﴿ فلو اقتسما وبقي رأس المال معه ﴾ أي مقداره ﴿ فخرس ،
ردّ العامل أقلّ الأمرين ﴾ ممّا وصل اليه من الربح ، ومما يصيبه من الخسران ،
لأنّ الأقلّ ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له ، وان كان
الأقل هو الربح فلا يلزمه الجبر إلاّ به ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ احتسب ﴾ على ﴿ المالك ﴾
أقلّ الأمرين من رأس المال ، هذا هو الظاهر من العبارة ، بل جزم به ثاني الشهيدين
لكن عن الشهيد «أنّ المردود أقلّ الأمرين التي هي مما أخذه العامل من رأس المال
لامن الربح ، فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين ، فاقسما عشرين ، فالعشرون من
الربح مشاعة في الجميع ، نسبتها الى رأس المال نسبة السدس ، فالعشرون المأخوذة
سدس الجميع ، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال ، وسدسها من الربح ، فإذا
اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح ، وهو نصف سدس العشرين ، و
ذلك درهم و ثلثان ، يبقى معه ثمانية و ثلث من رأس المال ، فإذا خسر المال الباقي
ردّ أقلّ الأمرين مما خسر ومن ثمانية و ثلث ، والعامل له عليه ، كما قيل بحكمهم
بأنّ المالك اذا أخذ من المال شيئاً وقد ظهر ربحه يحسب ما أخذه منهما على هذه
النسبة ، وأفسده في المسالك « بأنّ المأخوذ وان كان مشاعاً إلاّ أنّ المالك والعامل
انما أرادا به الربح ، وحيث كان المال منحصراً فيهما فالتمييز منوط بهما ، ولو كان
يدخل في ذلك من رأس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه ، لأنّ المالك لم يأذن
الا في التصرف في الربح ، ولم تقع القسمة والاتفاق الا عليه - الى أن قال - وأيضاً
فتوقف ردّ العامل رأس المال على ظهور الخسران لاوجه له لأنه لا يملك شيئاً من
رأس المال ، وأما حقه في الربح ، وأما حله على أخذ المالك فليس بجيّد ، لأنّ
المالك لا يأخذ على وجه القسمة ، وانما يأخذ ما يعدّه ملكه ، فلما كان فيه ربح وهو
شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ ، فيحسب رأس المال بعد ذلك على
حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل والربح ، وأين هذا من أخذ العامل
الذي لا يستحق الا في الربح ، ولا يقاسم المالك الا عليه خاصة »

قلت : قد يكون منشأ كلام الشهيد عدم تشخيص الربح عن رأس المال باتفاقهما على أنه ربح ، لعدم دليل على ذلك ، والأصل بقاء اشاعته حتى تنفسخ المضاربة ويتسلم المالك رأس ماله ، حينئذ يتجه كلامه .

لكن يشكل بأنه لا دليل على استقرار ملكهما للحصة من الربح بذلك ، ما دامت المضاربة غير منقصة حتى لورضى المالك بأن يكون الباقي رأس مال ، فانه لا يلتزم بذلك ، بل له الرجوع عنه ، لعدم استقرار كون ذلك ربحاً ، الى أن ينتهي عمر المضاربة ، والفسخ أو الانقضاء كما تقدم الإشارة الى ذلك فيما تقدم .

نعم لهما الاتفاق على التصرف في المقدار الذي تراضيا عليه سواء وجدا معه صورة القسمة أولاً برضى منهما وما يتبعه من رأس المال يكون تصرف العامل فيه برضى المالك ، كما اذا لم يكن ثم ربح .

ألهم الا أن يقال : ان ذلك من المالك فسخ للمضاربة فيما يخصه من رأس المال ، لأنه برضاء قد أخرجه عن المضاربة ، حتى الذي قبضه العامل ، فيستقر حينئذ ملكهما على ما خص ذلك من الربح ، لانقضاء المضاربة ، كما تعرفه اشياء الله تعالى في المسألة الرابعة عشر ، وبه حينئذ يتم كلام الشهيد ، فتأمل جيداً ، كما أنه ينبغي التأمل فيما سمعت من أن للمالك والعامل الاتفاق على تشخيص الربح من رأس المال ، و اخراجه عن الأشاعة مع بقاء المضاربة على حالها ، بحيث يكون الباقي رأس المال وما شصاه ربحاً ، فانه محتاج الى التأمل .

المسألة (الثانية عشرة) لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض ﴿ بلا خلاف ولا اشكال ﴾ لأنه ماله ﴿ ولا أن يأخذ منه بالشفعة ﴾ لذلك أيضاً بخلاف العكس ، فان للعامل الشراء من المالك وله الأخذ بالشفعة منه ، كما هو واضح . لكن في القواعد « إن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه » ولعل المراد إذا كان الربح ظاهراً وقت الشراء ، لعدم جواز شراء ملكه ، لا ما إذا تجدد ، فإنه حينئذ له والتمن صار من مال المضاربة كما هو واضح .

وكذا لو ظهر في المال ربح جاز للمالك شراء ما يخص العامل ، بناءً على ملكه

بالظهور ، وإن كان متزلاً ، فإنّ تزلزله لا يمنع من بيعه ، بل يقوى في النظر وقوعه لازماً وإن تجدد الخسران بعد ذلك واحتاج إلى الجبر ، فيجبر حينئذ بقيمته كما لو أتلفه ، وربما احتتم انفساخ البيع ، لكنّه في غير محله ، وأما الأخذ بالشفعة ففي المسالك « هو ممكن » أي بعد ظهور الربح على نحو ما سمعته في شرائه ، لكن قد يناقش بمنع ذلك فيما لو كان الربح مقداراً للشراء ، فضلاً عما لو تجدد ، لعدم ملك العامل حينئذ بعض الشقص بالشراء ، بل هو بالشرط الحاصل في المضاربة ، فلاشفعة ! حينئذ فيما ملكه بذلك ، وإن صار شريكاً مع المالك لم يقاسم إلا أنه ليس بالشراء الذي هو موجب الشفعة ، والله العالم .

﴿وكذا لا يشتري من عبده القن﴾ لما عرفت في محله أنه لا يملك شيئاً ولا يبيع إلا في ملك ، من غير فرق بين المأذون وغيره ، لكن حكى عن الشيخ قولاً بأن المأذون إذا ركبته الديون جاز للسيد الشراء منه ، وهو قول لبعض الشافعية ، لأنه لاحقٌ للسيد فيه ، وإبما هو حقّ الغرماء وفساده ظاهر ، كما في المسالك قال : « فإن استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضى خروج ذلك عن ملك السيد ، كتعلق حقهم في مال المفلس نعم للسيد أخذ ذلك بقيمته ، لأنه أحق بماله مع بذل العوض ، إلا أن ذلك لا يعدّ بيعاً ، كما يأخذ العبد الجاني خطأ ويبذل قيمته . »

﴿و﴾ على كلّ حال فحاله الشراء من المكاتب ﴿المطلق والمشروط﴾ لأنّ ما في يده ملك له ، وسلطنة المولى قد انقطعت عنه ، فساوى غيره من الملاك ، ولهذا لو انتق لم يكن للمولى ما في يده ، وإن كان الملك في المشروط أضعف منه في المطلق من حيث إمكان ردّه في الرّق أجمع ، فيرجع ما في يده إلى ملك السيد ، وليس كذلك المطلق الذي يحسب ما في يده من مال الكتابة لواحتيج إليه والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة عشرة﴾ : إذا دفع مالا قراضاً وشرط أن يأخذ له بضاعة قيل : ﴿كما عن الشيخ في المبسوط﴾ لا يصحّ لأنّ العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه أجراً ﴿في فساد الشرط ويتبعه العقد ، ولو لأن قسط العامل حينئذ يكون مجهولاً لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح ، وقد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل الحصة .

﴿وقيل يصحّ القراض و يبطل الشرط﴾ خاصة ، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها ، فلا يفسد اشتراطها ، بل يكون لاغياً لمنافاته العقد .

﴿ولو قيل بسحتهما﴾ معاً ﴿كان حسناً﴾ لا إطلاق الأدلة وعمومها التي منها ^(١) «المؤمنون عند شروطهم» ^(٢) «وتجارة عن قراض» وغيرهما ، والقراض إنما يعتبر عدم خلوه عمله نفسه عن جزء من الربح ، لا مطلق العمل - وإن لم يكن من القراض ، ولكنه قد اشترط في عقد القراض .

نعم يبقى الكلام في معنى صحة الشرط ، في العقد الجائز الذي قد تقدم البحث فيه سابقاً .

لكن قد يقال : - في خصوص المقام الذي هو شبه المعاوضة و أن المالك لم يجعل الحصة المزبورة للعامل إلا في مقابلة أخذ البضاعة - إنه لوربح ولم يف بالشرط كان للمالك الفسخ ، و يأخذ الربح كله ، و للعامل أجرة المثل في وجهه ، ولا شيء له في آخر .

إلا أنه كما ترى لا ينطبق على القواعد ، وعلى ما اشتهر فيما بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة ، و أن حالها كحال الوعد ، و ليس فائدة الشرط فيها فائدته في العقد اللازم من التسلط على الفسخ ، مع عدم الوفاء به الذي هو واجب على من اشترط عليه ، لعموم الأمر بالوفاء في العقد ، فتأمل جيداً ، خصوصاً ما في جامع المقاصد والمسالك هنا ، فإنه لا يخلو من شيء ، و قد تقدم منا سابقاً ماله نفع في المقام .

المسألة ﴿الرابعة عشرة : إذا كان مال القراض مائة﴾ مثلاً ﴿فنخسر عشرة﴾ مثلاً ﴿و أخذ المالك﴾ منه بعد الخسارة ﴿عشرة﴾ مثلاً ﴿ثم عمل به﴾ ما بقي من ﴿ها الساعي فربح ، كان رأس المال تسعة و ثمانين إلا تسعاً ، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال ، فهو كالموجود فإذا المال في تقدير تسعين ، فإننا قسم الخسران ، وهو

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٤ - .

(٢) سورة النساء الآية ٢٩ - .

عشرة على تسعين ، كانت حصّة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً ، فيوضع ذلك من رأس المال $\frac{1}{10}$ و يجبر الباقي ، لأن الربح إنما يجبر خسران المال الذي ربح ، أي مال المضاربة الباقي على المضاربة ، لا مطلق الخسران ، فإذا أخذ المالك شيئاً بعد الخسران كان من جملة رأس المال ، فلا بد أن يخصّه من الخسران شيء ، فيسقط من أصل الخسران لأنه خسران غير المال الذي ربح أي مال المضاربة الباقي في يد العامل ، ضرورة أن أخذ المالك العشرة منه استرداد من العامل ، وإبطال للمضاربة فيها فلا بد أن يتبعها ما خصّها من الخسارة السابقة على أخذها ، والناظر في معرفة ذلك نسبة المأخوذ إلى الباقي ، وتوزيع الخسران عليه أجمع ، فيخصّه على مقتضى نسبته ، ففي المقام نسبته تسع ، فيخصّه تسع العشرة التي هي الخسارة ، وهو واحد وتسع ، فيبقى منه تسعة إلا تسع ، تجبر من الربح المتجدد ، ولو فرض أنه أخذ نصف التسعين الباقية بعد خسارة العشرة ، بقي رأس المال خمسين ، منها خمسة وأربعون موجودة ، ويتبعها نصف الخسارة ، وهو خمسة ، وهي التي تؤخذ من الربح المتجدد لو فرض .

وكذا في طرف الربح ، بمعنى أنه يحسب المأخوذ من رأس المال والربح ، فلو كان المال مائة وربع عشرين ، فأخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاث ، لأن المأخوذ سدس المال جميعه الأصل والربح ، وسدس أصل المال ستة عشر وثلاثان ، وسدس الربح ثلاثة وثلاث ، وهي حظّه من الربح ، إلا أنه يستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح ، وهو درهم وثلاثان ، وذلك لبطلان المضاربة في أصله ، وهو السدس الذي استردّه المالك ، وحينئذ فلو انخفض السوق وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذ من العامل إذا فسخ المضاربة ، ليتمّ مع ما أخذ سابقاً المائة ، بل للعامل من الثمانين درهم وثلاثان ، وهما نصف الربح الذي قد أخذ المالك في ضمن العشرين ، وقد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربة في العشرين ، هذا .

ولكن الإصاف عدم خلو المسألة الأولى عن إشكال ، باعتبار عدم ثبوت ما يقتضى شيوع الخسارة على المال كله ، على وجه لو أخذ المالك بعض المال يلحقه

بعض الخسارة ، وإنما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال ، وأما الخسارة السابقة على ذلك فتجبر بما بقي من مال المضاربة ، إذ المالك قد أخذ العشرة مثلاً مستحقة للجبر ، ودعوى - أن الذي يجبر هو المال الذي ربح - واضحة الفساد ، ضرورة جبر المال الذي وقعت عليه المضاربة بربح أي جزء من مالها ، من غير فرق بين ما ربح منه وما لا يربح ، بل قد يعمل العامل ببعض دون بعض ، كما أنه قد يربح بعض دون آخر ، وأخذ المالك لا يزيد على دفع العامل له بمئوان ردّ رأس المال له شيئاً فشيئاً ، وربما يشهد لبعض ما ذكرنا من السيرة على تناول المالك والعامل من مال المضاربة ، ثم الحساب بعد ذلك من دون أن يلحق ما عند المالك أو العامل من الخسارة أو غيرها ، ولكن يحتسب ما عنده من رأس ماله عليه ، ثم يقسم الباقي إن كان ، فتأمل جيداً . والله العالم .

المسألة الخامسة عشرة : لا يجوز للمضارب ﴿ أي العامل ﴾ أن يشتري جارية يطاها ، وإن أذن له المالك ﴿ بذلك ﴾ ، إلا أن يستفاد منه التوكيل على التحليل أو العقد عليها بعد الشراء ، بناء على صحة مثل هذا التوكيل ، نحو الإذن في شراء مد له وعقده عنه ، أو داره ووقفها ، وغيرهما .

﴿ و ﴾ لعلّ ذلك هو المراد مما ﴿ قيل ﴾ : والقائل الشيخ في المحكي عن نهايته أنه ﴿ يجوز مع الإذن ﴾ فلا يردّ عليه حينئذ أن الإذن السابقة لا تشر ، لأن التحليل إما عقد أو تملك ، وكلاهما لا يقمان قبل الملك ، بل يمكن حمل الخبر الذي ذكره مستنداً للشيخ على ما ذكرنا .

وهو خبر الكاهلي ^(١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : قلت : رجل سألني أن أسألك إن رجلاً أعطاه مالا مضاربة ليشتري له ما يرى من شيء ، وقال له : اشتر جارية تكون معك ، والجارية إنما هي لصاحب المال ، إن كان فيها وضعية فعليه وإن كان ربح فله ، فللمضارب أن يطاها ؟ قال : نعم ، فلا حاجة حينئذ إلى المناقشة في سنده - مع أنه من الموثق الذي هو حجة عندنا ، بعد انصراف ابن زياد في سنده

إلى ابن أبي عمير ، لغلبة التعبير به عنه ، ولا في متنه بظهوره في كون الجارية من غير مال المضاربة ، ولذا كان ربحها للمالك ووضيعتها عليه ، وعدم الإذن فيه بالوطى - لا مكان دفعها بانه يدل على تأثير الإذن السابق على الشراء ، ولا فرق بين مال المضاربة وغيره ، وظهور معك في ذلك .

نعم حمله على ما ذكرنا أولى من الجرعة به على مخالفة القواعد والضوابط ، وخصوصاً بعد تقرير الشيخ بالعمل به على الوجه المنسوب إليه ، هذا كله في الإذن السابقة .

﴿ أمّا لو أحلّها ﴾ له ﴿ بعد شرائها ﴾ ولم يكن ثم ربح فيها ﴿ صح ﴾ قطعاً مع القطع بعدم ربح فيها فعلاً ، لا إطلاق الأدلة ، ولو كان فيها ربح بني على جواز تحليل أحد الشريكين للآخر ، وقد ذكرناه في كتاب النكاح ، بل في الرياض هنا « يشكل التحليل مع عدم القطع بعدم الربح إن قلنا بالمنع في صورته ، لاحتمال الشركة الموجبة للمنع في نفس الأمر ، فيجب الترك من باب المقدمة - قال - : ويحتمل الجواز مطلقاً كما قالوه لأصالة عدم حصول الظهور ، ولا ريب أن الأحوط تركه ، قلت : وإن كان الأقوى الجواز لأصالة عدم الشركة .

المسألة ﴿ السادسة عشرة : ﴾ إذا مات وفي يده أموال مضاربة لمتعدين ﴿ فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق به ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ﴿ وإن جهل ﴾ مال كل واحد منهم بخصوصه ﴿ كانوا فيه سواء ﴾ بمعنى أنه يقسم بينهم على نسبة أموالهم ، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء ، كما سمعته في نظائره في كتاب الصلح هذا ، إذا كانت مجتمعة على حدة ، أمّا إذا كانت مع ماله ففي المسالك « إن الغرماء بالنسبة إلى جميع الشركة كالشريك ، إن وسعت أموالهم أخذوها ، وإلا تحاصوا » .

قلت : الأصل في ذلك خبر السكوني ^(١) « عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي بن الحسين أنه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة قال : إن سمّاه بعينه قبل موته فقال : هذا لفلان فهو له ، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء ، وفيما حضرنى

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام المضاربة الحديث - ١ -

من نسخة الرياض شارحاً لمتن النافع « ولو كان في يده أموال مضاربة لمتعديدين فمات وعلم بقاؤها في تركته فلو كان عينها لواحد منهم ، أو علمت منفردة بالقرائن المفيدة للعلم ، فلا بحث ، وإلا تحاص فيه أى فى المجتمع من أموال المضاربة الغرماء وأرباب الاموال على نسبة أموالهم للخبر ، إلى آخره .

قلت : ليس في الخبر سوى أنه إذا لم يذكر الميث مال المضاربة المعلوم كونه في يده فرب المال كباقي الغرماء ، وهذا غير ما ذكره من تحاص الغرماء وأرباب الأموال في المال المعلوم كونه مال مضاربة لمتعددين ، بل أقصاه يكون مشتركاً بينهم ثم قال متصلاً بما سمعت : « هذا إذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حدة ، وأما إذا كانت ممترجة مع جملة مالمع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك ، إن وسعت التركة أموالهم أخذوها ، وإن قصرت تحاصوا ، كذا قيل ، والوجه في حرمان الورثة - مع قصور التركة عن مالهم أو مساواتها له مع فرض وجود مال للمورث - غير واضح ، إلا مع ثبوت موجب ضمان التلف من أموالهم من تعدد أو تفریط ، لثبوت أمانيته وعدم ضمانه للتلف إلا مع أحد الأمرين ، كما مر ، و الاكتفاء في الضمان باحتمال أحدهما مدفوع بالأصل ، وعموم^(١) «على اليد» منخص بمبادل على أمانته ، فالوجه ضرب الورثة - مع الغرماء في التحاص ، وأخذهم جميع ما لمورثهم مع العلم بعدم تلف شيء منه ، ومع احتماله يتحصون معهم بنسبة مالهم ويمكن حمل كلام القائل عليه بتعميم الغرماء في كلامه للورثة بضرب من التقلب . ولكن يشكل بتوقف ذلك على معرفة مقدار مال الميث ، ومعلومية نسبته بالأضافة

إلى أموالهم ، ولوجهل أشكال الحكم في ضربهم معهم في التحاص .

قلت : يمكن أن يكون المستند في الأول ما سمعته من النص المؤيد بالفتوى الذي قد تضمن الحكم بكون رب المال غريماً مع العلم بكون مال المضاربة في التركة وعدم ذكر الميث له بعينه .

و على كل حال فهذا كله مع العلم بكون المال ﴿ ف ﴾ في التركة وأما مع

عدمه :- ﴿ أن جهل كونه ﴾ أي مافي يدالميت ﴿ مضاربة ﴾ لاحتمال التلف أوغيره
 ﴿ قضى به ميراثاً ﴾ عند المصنف و ثاني الشهيدين و سيد الرياض ، قضاء لحكم
 اليد بل لاضمان عليه للمضاربة ، لأصاله البراعة وكونه أمانة لا يضمنها إلا مع التعدي
 أو التفريط ، ولم يثبت ، وأصاله بقاء المال لا يقتضي ثبوته في نعمته مع كونه أمانة ، بل
 ولا في تركته ، وعدم الوصية به أعم من اقتضاء الضمان ، إذ لمك له تلف من غير تفريط .
 لكن قد تقدم في كتاب الرهن ما يستفاد منه وجه الضمان ، أو الحكم بالبقاء
 في التركة وإن كان لا يخلو من صعوبة ، بل منع ، أما الأول فقد يقال : إن الأصل
 الضمان ، لعموم ^(١) « اليد » وإتـما خرج الأمين الذي يدعي التلف بغير تعد ولا تفريط
 أما مع عدم دعواه فتبقى قاعدة الضمان بحالها ، لا أقل من الشك في شمول ادلة
 الأمين لمثل هذا الفرد ، والأصل الضمان والله العالم .

إلى هـناتم الجزء السادس والعشرون من كتاب جواهر الكلام بحمدالله ومنه
 وقد بذلنا غاية الجهد في تصحيحه و مقابلته للنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة
 الأصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه . ويتلوه الجزء السابع والعشرون
 في أحكام المزارعة و المساقاة انشاء الله تعالى
 علي الاخوندي

فهرس

ما فى هذا الجزء من أمهات المطالب

كتاب الحجر

- ٢ معنى الحجر وموجباته وحدّ البلوغ والاختلاف فيه
- ٤٩ وصف الرشد ومعناه وما يعلم به الرشد من السفه
- ٥٧ فى بيان ما يحجر عنه
- ٥٩ بيان الحجر على المملوك والمريض
- ٦٣ التبرّعات المنجزة الزائدة عن الثلث
- ٨١ هل المنجزات من اصل التركة او الثلث
- ٩٤ احكام الحجر وما يثبت به حجر المفلس والسفيه
- ٩٧ اذا حجر عليه فبايعه انسان
- ١٠١ اذا فك حجره فعاد مبذراً
- ١٠١ ولاية المجنون والطفل والسفيه والمفلس لمن هي ؟
- ١٠٥ حكم السفيه بالنسبة إلى العبادات
- ١٠٧ اذا حلف السفيه ، هل تنعقد يمينه ؟
- ١٠٨ إذا وجب له القصاص فهل له أن يعفو ؟
- ١٠٨ كيف يختبر الصبيّ قبل بلوغه
- ١١١ هل يصح بيع الصبيّ أم لا ؟

كتاب الضمان

- ١١٣ معنى الضمان وتعريفه
- ١١٥ البحث الاول فى الضامن وشروطه

- ١٢٩ الضمان المؤجل للدين الحالّ
- ١٣٣ اذا كان الدين مؤجلاً فضمنه الى أزيد من ذلك الاجل
- ١٣٥ البحث الثاني في الحق المضمون وأنواعه
- ١٤٦ البحث الثالث في اللواحق وفيه مسائل
- ١٤٦ اذا ضمن عهدة الثمن لزومه دركه
- ١٤٨ اذا خرج المبيع مستحقاً رجع المشتري على الضامن
- ١٤٨ اذا ضمن للمشتري درك ما يحدثه من بناء او غرس
- ١٥٠ اذا كان له على رجلين مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه
- ١٥٣ اذا ضمن عنه ديناراً باذنه فدفعه الى الضامن
- ١٥٦ إذا ضمن ثم دفع ما ضمن وأنكر المضمون له القبض
- ١٥٨ اذا ضمن المريض في مرضه
- ١٥٩ اذا كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً

القسم الثاني من الضمان الحوالة

- ١٦٠ في عقد الحوالة وشرائطه
- ١٦٨ اذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة
- ١٧٥ في احكام الحوالة وفيه مسائل
- ١٧٥ إذا قال أحلتك عليه فقبض وقال المحيل قصدت الوكالة
- ١٧٨ عكس مفروض المسئلة
- ١٨١ اذا كان له دين على اثنين وكل منهما كفيل لصاحبه
- ١٨٣ اذا احال المشتري البايع بالثمن ثم رد بالعيب السابق

القسم الثالث من الضمان الكفالة

- ١٨٥ بيان عقد الكفالة وشرائطه
- ١٩١ اذا قال : إن لم أحضره كان عليّ كذا فهل يلزمه المال ؟
- ١٩٧ اذا اطلق غريباً من يد صاحب الحق قهراً

- ٢٠٠ إذا احتضر التريم قبل الاجل هل يجب تسلمه ؟
 ٢٠١ اذا كان المكفول عنه غائباً والكفالة حائلة
 ٢٠٢ اذا تكفل بتسليمه مطلقا انصرف إلى بلد العقد
 ٢٠٣ اذا انفقا على الكفالة وقال الكفيل لاحق لك عليه
 ٢٠٣ اذا تكفل رجلان برجل فسلمه احدهما
 ٢٠٤ اذا مات المكفول او جاء المكفول وسلم نفسه
 ٢٠٧ هل تصح كفالة المكاتب

كتاب الصلح

- ٢١٠ بيان ماهية الصلح ومورده وانه لازم من الطرفين
 ٢١٩ اذا اصطلاح الشريكان على ان يكون الربح والخسران على أحدهما
 ٢٢٢ اذا كان معهما درهمان وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما
 ٢٢٥ اذا اودعه انسان درهمين وآخر درهماً ثم تلف منها درهم
 ٢٢٧ اذا كان لواحد ثوب بعشرين ولا آخر ثوب بثلاثين فاشتبهما
 ٢٢٨ اذا بان احد العوضين مستحقاً
 ٢٣٠ يصح الصلح على عين بعين أو منفعة و على منفعة بعين أو منفعة
 ٢٣١ لو ادعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر على سكنى سنة
 ٢٣٤ لو ادعى اثنان داراً في يد ثالث فصدق أحدهما
 ٢٤٠ لو ادعى عليه بشيء فأنكر وصالحه على سقي زرعه او اجراء الماء إلى سطحه
 ٢٤١ اذا قال المدعى عليه : صالحني : فهل هو اقرار ؟

فروع في احكام النزاع في الاملاك

- ٢٤٣ مسائل في اخراج الرواشن و الاجنحة الى الطرق النافذة و المرفوعة
 ٢٥٤ مسائل فيما إذا التمس وضع جنوده على حائط جاره
 ٢٤١ مسائل فيما إذا تداعيا جداراً بين ملكيهما
 ٢٤٥ مسائل في تصرف الشريك في حائط لهما بيناء او تسقيف

- ٢٧٥ مسائل فيما اذا تنازع صاحب السفل و العلوفى جدران البيت
- ٢٧٧ » » خرجت اغصان شجرة إلى ملك البجار
- ٢٨١ تنمة في تنازع راكب الدابة و قابض لجامها
- لو تنازعا عبداً و لاحدهما عليه ثياب او تداعيا جملا و لاحدهما عليه حمل
- ٢٨٢ او تداعيا غرفة على بيت أحدهما و بابها إلى غرفة الاخر
- كتاب الشركة
- ٢٨٤ ماهية الشركة و بيان اقسامها
- ٢٨٩ في المال المشترك و انه قد يكون منفعة و عينا و حقاً
- ٢٩٠ اسباب الشركة و انها ارث او عقد او حيازة
- ٢٩٦ لانصح الشركة بالاعمال كالخياطة و النساجة
- ٢٩٨ لا تصح الشركة بالوجوه ولا بالمفاوضة
- ٣٠٠ تساوى الشريكين في الربح و الخسران
- ٣٠٥ لا يجوز التصرف في مال الشركة إلا باذن الباقيين
- ٣٠٧ اذا شرط التأجيل في الشركة لم يلزم الوفاء به
- ٣٠٩ الفصل التامى في تقسيم مال الشركة
- ٣١٧ الفصل الثالث في اللواحق و هى مسائل
- ٣١٧ لو دفع انسان دابة و آخر راوية للسقاء على الاشتراك في الحاصل
- ٣٢٠ لو حاش صيداً او احتطب ناويا أنهما له و لغيره
- ٣٢٤ لو كان بينهما مال بالسوية فاذن احدهما لصاحبه بالتصرف
- ٣٢٤ اذا اشترى احد الشريكين متاعاً فادعى الاخر انه لهما و أنكر
- اذ اباع احد الشريكين سلعة بينهما و هو وكيل في القبض فادعى المشتري تسليم
- ٣٢٥ الثمن و صدقه الشريك و فيه فروع
- ٣٢٨ لو باع اثنان كل واحد عبده صفقة بثمن واحد .

- ٣٢٨ فروع في تصحيح شركة الابدان
- ٣٣٠ اذا باع الشريك سلعة صفقة ثم استوفى احدهما منه شيئاً
كتاب المضاربة
- ٣٣٦ معنى المضاربة و ماهيتها .
- ٣٣٩ في اركان عقد المضاربة و بيان الشرائط فيه
- ٣٤٥ بيان نفقة العامل في حال السفر
- ٣٥٠ بيان عمل العامل و أنه يبتاع المعيب و يرد و يأخذ الارض و غير ذلك
- ٣٥٢ إذا اشترى العامل في النعمة
- ٣٥٣ اذا أمره بالسفر إلى جهة فسافر الى غيرها
- ٣٥٥ بطلان المضاربة بموت المقارض و المقارض
- ٣٥٦ الامر الثاني في مال القراض و شرائطه
- ٣٥٨ اذا دفع إليه آلة الصيد بحصة فاصطاد
- ٣٥٩ إذا احضر مالين و قال قارضتك بأحدهما
- ٣٦١ إذا كان له في يد غاصب مال فقارضه عليه
- ٣٦٢ إذا قال بع هذه السلعة فاذا غرض ثمنها فهو قراض
- ٣٦٣ إذا اختلفا في قدر رأس المال
- ٣٦٤ إذا خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك
- ٣٦٥ الامر الثالث في الربح و تعيينه
- ٣٦٦ إذا قال : خذني فأتجربه و الربح لى ، اولك
- ٣٦٧ إذا قال : خذني قراضاً على النصف و فيه صور
- ٣٦٨ اذا شرط لغلامه او لاجنبى " حصة معهما
- ٣٧٥ الامر الرابع في اللواحق و فيه مسائل و فروع





